

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Mercantil



TESIS DOCTORAL

El control de las concentraciones empresariales en el sector eléctrico

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR

Milton Fernando Montoya Pardo

DIRECTOR:

Carlos, dir Lema Devesa

Madrid, 2015



UNIVERSIDAD COMPLUTENSE



5331175303

TE
2.123

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO MERCANTIL



Tesis Doctoral
EL CONTROL DE LAS CONCENTRACIONES EMPRESARIALES
EN EL SECTOR ELÉCTRICO

Doctorando: Milton Fernando Montoya Pardo

Tutor: D. Carlos Lema Devesa

Madrid, 2010



i 47144002

EL CONTROL DE LAS CONCENTRACIONES EMPRESARIALES EN EL SECTOR ELÉCTRICO

Tesis doctoral que presenta D. Milton Fernando Montoya Pardo para la obtención del grado de Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, realizada bajo la dirección del Profesor Doctor D. Carlos Lema Devesa, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid.

Para Rebecca

AGRADECIMIENTOS

A mi Maestro y Director de la presente Tesis, el Profesor Doctor D. Carlos Lema Devesa, mi más profunda gratitud por todas sus enseñanzas, por su tiempo, su paciencia y, especialmente, por transmitirme valores que siempre me acompañaran en mi vida: el rigor, el esfuerzo y la disciplina. Muchas gracias Profesor Lema por el privilegio de haber estado bajo su tutela académica durante estos años.

A mi esposa, Rebecca, quien con su permanente estímulo y apoyo me ha impulsado a trabajar con dedicación y ha compartido con una hermosa ilusión esta etapa de nuestra vida. Tu entiendes mejor que nadie esta alegría y este sueño que hemos alcanzado juntos, por eso este trabajo también tiene tu nombre y está dedicado a ti. Mil y mil gracias amor.

A mis padres y a mis hermanos, porque a pesar de la distancia, siempre los he sentido cerca, pendientes de mis progresos y presentes en aquellos momentos en que es necesaria la voz de la familia.

A mis amigos, Manuel Magaña y Luis Enrique Arbeláez, quienes con honestidad y buena voluntad siempre me apoyaron con su consejo y orientación.

Para terminar, mi más sentido agradecimiento al Señor Rector de la Universidad Externado de Colombia, el Dr. Fernando Hinestrosa, ilustre jurista y educador de varias generaciones de colombianos, quien con su respaldo incondicional me ha permitido dedicarme de forma exclusiva a la elaboración de esta Tesis. Muchas gracias Maestro por su confianza, que ha sido mi norte y por su voz de aliento, que me ha motivado a trabajar día a día con entusiasmo y responsabilidad.

CAPITULO I

EL CONTROL DE LAS CONCENTRACIONES EMPRESARIALES COMO INSTRUMENTO DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

1. Introducción.	1
2. Política de Competencia, Derecho de la Competencia y concentraciones empresariales.	2
2.1. Política y Derecho de la Competencia en la Unión Europea.	9
2.2. Política y Derecho de la Competencia en España.	21
3. Motivaciones de las operaciones de concentración empresarial.	32
3.1. La creación de valor.	35
3.2. La maximización de la riqueza de los directivos.	40
3.3. La respuesta a procesos internos o a presiones externas.	41
3.4. Consideraciones finales.	42
4. Sector eléctrico y concentraciones empresariales.	44
4.1. El proceso de liberalización de servicios y el sector eléctrico.	44
4.2. Concentraciones empresariales y reestructuración de la industria energética.	56

CAPITULO II

CONCENTRACIONES EMPRESARIALES EN EL SECTOR ELECTRICO EUROPEO

1. Evolución del régimen comunitario de control de concentraciones.	60
1.1. La Aplicación del Tratado CECA a las concentraciones y la ausencia de regulación en el Tratado de Roma.	60
1.2. La aplicación de los artículos 81 y 82 TCE a las operaciones de concentración.	62
1.3. El primer Reglamento comunitario de control de concentraciones: El Reglamento 4064/89/CE.	69

2. La modernización del control comunitario de concentraciones: El Reglamento (CE) 139/2004 y disposiciones complementarias.	73
2.1. Concepto de concentración.	81
2.2. Tipos de concentraciones.	83
2.2.1. Fusiones.	84
2.2.2. Adquisiciones de control.	86
2.2.2.1. Cambio duradero de control.	89
2.2.2.2. Objeto de control.	91
2.2.2.3. Tipos de control.	92
2.3. Empresas en participación con plenas funciones.	97
2.3.1. Concepto de plenas funciones.	98
2.3.2. Permanencia.	102
2.4. Consideraciones sobre determinadas operaciones de concentración.	104
2.5. Dimensión comunitaria de la operación de concentración.	105
2.6. Valoración sustantiva de las concentraciones de empresas.	109
2.7. Procedimiento de control de concentraciones.	127
2.7.1. Notificación.	127
2.7.2. Primera fase de evaluación.	130
2.7.3. Segunda fase de evaluación.	132
3. Operaciones de concentración con dimensión comunitaria en el sector eléctrico europeo.	136
3.1. Operación EDF/London Electricity.	136
3.1.1. Características de la operación y empresas participantes.	136
3.1.2. Consideraciones de la Comisión.	140
3.1.3. Decisión de la Comisión.	145
3.2. Operación VEBA/VIAG.	145
3.2.1. Características de la operación y empresas participantes.	145
3.2.2. Consideraciones de la Comisión.	147
3.2.3. Decisión de la Comisión.	157

3.3. Operación EDF/EnBW.....	163
3.3.1.Características de la operación y empresas participantes.....	163
3.3.2.Consideraciones de la Comisión.	164
3.3.3.Decisión de la Comisión.....	170
3.4. Operación Grupo Villar Mir/EnBW/Hidroeléctrica del Cantábrico.	174
3.4.1.Características de la operación y empresas participantes.....	174
3.4.2.Consideraciones de la Comisión.	176
3.4.3.Decisión de la Comisión.....	180
3.5. Operación ENEL/VIESGO.	184
3.5.1.Características de la operación y empresas participantes.....	184
3.5.2.Consideraciones de la Comisión.	185
3.5.3.Decisión de la Comisión.....	187
3.6. Operación ENI/EDP/GDP.....	188
3.6.1. Características de la operación y empresas participantes.....	188
3.6.2. Consideraciones de la Comisión.	191
3.6.3. Decisión de la Comisión.....	197
3.7. Operación IBERDROLA/SCOTTISH POWER.....	204
3.7.1. Características de la operación y empresas participantes.....	204
3.7.2. Consideraciones de la Comisión.	205
3.7.3. Decisión de la Comisión.....	209
3.8. Operación E.ON/ENDESA.....	211
3.8.1. Características de la operación y empresas participantes.....	211
3.8.2. Consideraciones de la Comisión.	214
3.8.3. Decisión de la Comisión.....	218
3.9. Operación ENEL/ ACCIONA/ ENDESA.....	239
3.9.1. Características de la Operación y empresas participantes.....	239
3.9.2. Consideraciones de la Comisión.	241
3.9.3. Decisión de la Comisión.....	246
3.10. Operación E.ON/ENDESA EUROPA/VIESGO.	249

3.10.1. Características de la operación y empresas participantes.....	249
3.10.2. Consideraciones de la Comisión.	250
3.10.3. Decisión de la Comisión.....	254
4.Características del control de concentraciones en el sector eléctrico comunitario.	
254	
4.1. Separación de las actividades del sector en mercados independientes.	254
4.2. El fomento de la competencia en el marco de un mercado único de la energía.	260
4.3. La prevención de la formación de estructuras industriales anticompetitivas en los mercados de la industria eléctrica.	266
4.3.1. Concentraciones empresariales ejecutadas en el mismo mercado de producto y en el mismo mercado geográfico.....	267
4.3.2. Concentraciones empresariales ejecutadas en diferentes mercados de producto y en el mismo mercado geográfico.	272
4.4. Apoyo a la consolidación de un mercado eléctrico liberalizado.....	274

CAPITULO III

CONCENTRACIONES EMPRESARIALES EN EL SECTOR ELECTRICO ESPAÑOL

1. El control de concentraciones en la Ley de Defensa de la Competencia.	279
1.1. Concepto de concentración.	279
1.2. Excepciones al concepto de concentración.	284
1.3. Tipos de concentración.	287
1.3.1. Fusiones.	288
1.3.2. Adquisiciones de control.	292
1.3.2.1. Concepto.	292
1.3.2.2. Adquisición de control mediante ofertas públicas de adquisición (OPAS).....	297

1.3.3. Creación de empresas en participación y adquisiciones de control conjunto.	306
1.4. Umbrales de control de una concentración.	311
1.5. Criterios de valoración sustantiva.	315
1.5.1. Criterios de valoración de la CNC.	316
1.5.2. Criterios de valoración del Consejo de Ministros.	326
1.5.2.1. Características.	326
1.5.2.2. Críticas a la intervención política en el control de concentraciones.	331
2. Procedimiento de control de concentraciones en la LDC.	340
2.1. Notificación.	340
2.2. Primera fase de evaluación.	343
2.3. Segunda fase de evaluación.	348
3. Operaciones de concentración en el sector eléctrico español.	351
3.1. Consideraciones generales.	352
3.2. Operación UNION FENOSA/HIDROCANTABRICO.	355
3.2.1. Características de la operación y empresas participantes.	355
3.2.2. Evaluación de la operación.	357
3.2.3. Decisión final.	368
3.3. Operación ENDESA/IBERDROLA.	370
3.3.1. Características de la operación y empresas participantes.	370
3.3.2. Evaluación de la operación.	374
3.3.3. Decisión final.	379
3.4. Operación GAS NATURAL/IBERDROLA.	382
3.4.1. Características de la operación y empresas participantes.	382
3.4.2. Evaluación de la operación.	383
3.4.3. Decisión final.	388
3.5. Operación GAS NATURAL/ENDESA.	392
3.5.1. Características de la operación y empresas participantes.	392
3.5.2. Evaluación de la operación.	394

3.5.3. Decisión final.....	401
3.6. Operación Gas Natural/Unión Fenosa.	414
3.6.1. Características de la operación y empresas participantes.....	414
3.6.2. Evaluación de la operación.....	416
3.6.3. Decisión final.....	422
4. Características del control de concentraciones en el sector eléctrico español.	424
4.1. La exclusión del mercado ibérico como mercado geográfico relevante.....	424
4.2. La evaluación de la operación considerando las singulares barreras de entrada existentes.	431
4.3. La prevención de efectos anticompetitivos derivados del alto índice de concentración de la industria.....	438
4.4. La intervención política en el proceso de control.	449

CAPITULO IV

CONTROL DE CONCENTRACIONES EN COLOMBIA Y EL SECTOR ELÉCTRICO

1. Introducción.	456
2. Concepto de concentración.	460
3. Régimen de autorización general y régimen de autorización particular.	466
4. Criterio de valoración sustantiva.	473
4.1. La existencia de acuerdos restrictivos de la competencia.....	474
4.2. La consolidación anticompetitiva de una posición de dominio.	475
4.3. La fijación de precios en perjuicio de los competidores o consumidores.....	480
4.4. Análisis de eficiencias.....	481
5. Procedimiento de evaluación.	485
5.1. Primera fase de evaluación.....	486
5.2. Segunda fase de evaluación.	487
6. El sector eléctrico colombiano y operaciones de concentración empresarial.	489
6.1. Evolución del sector eléctrico en Colombia.	489

6.1.1. El periodo previo al proceso de liberalización (1950-1990).	490
6.1.2. El periodo posterior a la Constitución Política de 1991.....	496
6.1.3. Perfil actual del sector eléctrico.	504
6.1.4. Limites a la participación en el sector.	510
6.1.4.1. Limites de participación horizontal.	515
6.1.4.2. Limites de participación vertical.	520
6.2. Operaciones de concentración en el sector eléctrico.	525
6.2.1. Introducción.....	525
6.2.2. Operaciones del Grupo COLINVERSIONES.....	527
6.2.3. Operaciones del Grupo Empresas Publicas de Medellín (EPPM).....	533
6.2.4. Operaciones del Grupo Endesa.	542
7. Características del control de concentraciones en el sector eléctrico colombiano.	
.....	547
7.1. La institucionalización de una autoridad única de control.....	547
7.2. La aplicación de los limites regulatorios al crecimiento empresarial.	553
7.3. La definición del mercado geográfico relevante basado en la cobertura del SIN.	
.....	559
7.4. La ausencia de intervención política directa en el proceso de control.....	562
CONCLUSIONES.....	567
BIBLIOGRAFÍA.....	597

ABREVIATURAS

- **ACOLGEN** Asociación Colombiana de Generadores de Energía Eléctrica
- **ADI** Antioqueña de Inversiones S.A.
- **ANALDEX** Asociación Nacional de Comercio Exterior
- **AOL** America Online
- **ASIC** Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales
- **AELC** Asociación Europea de Libre Comercio
- **BEWAG** Berliner Kraft- und Licht
- **BGBI** Bundesgesetzblatt
- **BGH** Bundesgerichtshof
- **BID** Banco Interamericano de Desarrollo
- **BOE** Boletín Oficial del Estado
- **CCNC** Consejo de la Comisión Nacional de Competencia
- **CDP SpA** Cassa Depositi e Prestiti SPA
- **CEB** Central Electricity Board
- **CECA** Comunidad Europea del Carbón y del Acero
- **CEE** Comunidad Económica Europea
- **CENS** Centrales Eléctricas de Norte de Santander
- **CEPAL** Comisión Económica para América Latina y el Caribe
- **CERNA** Centre d'Économie Industrielle
- **CHEC** Central Hidroeléctrica de Caldas S.A. E.S.P.
- **CMT** Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones
- **CNC** Comisión Nacional de Competencia
- **CND** Centro Nacional de Despacho
- **CNE** Comisión Nacional de la Energía
- **CNI** Compañía Nacional de Inversiones

- **CNMV** Comisión Nacional del Mercado de Valores
- **CNR** Compagnie Nationale du Rhône
- **CNO** Consejo Nacional de Operación
- **CODE** Center for the Study of Organizations and Decisions in Economics
- **CONPES** Consejo Nacional de Política Económica y Social
- **CORELCA** Corporación Eléctrica de la Costa
- **CREG** Comisión de Regulación de Energía Eléctrica y de Gas
- **CTCs** Costes de Transición a la Competencia
- **CVC** Corporación Autónoma Regional del Valle de Cauca
- **DICNC** Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de Competencia
- **DNP** Departamento Nacional de Planeación
- **DO** Diario Oficial
- **DOUE** Diario Oficial de la Union Europea
- **E.S.P.** Empresa de Servicios Públicos
- **EADE** Empresa Antioqueña de Energía
- **EDEQ** Empresa de Energía del Quindío
- **EDF** Electricité de France
- **EDFI** Electricité de France International
- **EDP** Grupo Electricidade de Portugal
- **EEB** Empresa de Energía de Bogotá
- **EEE** Espacio Económico Europeo
- **EEEPM** Empresas Publicas de Medellín
- **EnBW** Energie Baden-Württemberg AG
- **ENEL** Ente Nazionale per l'Energía eLettrica
- **ENFICC** Energia en firme para el cargo por confiabilidad

- **EnWG** Energiewirtschaftsgesetz
- **EPSA** Empresa de Energía del Pacífico S.A. E.S.P.
- **ESSA** Electrificadora de Santander
- **EURELECTRIC** Unión de la Industria Eléctrica
- **GDP** Gás de Portugal SGPS, SA
- **GEMA** Gas and Electricity Markets Authority
- **GmbH** Gesellschaft mit beschränkter Haftung
- **GNL** Gas Natural Licuado
- **GRD** Gestores de las redes de distribución
- **GRT** Gestores de las redes de transporte
- **GW** Gigavatios
- **GWh** Gigavatio hora
- **HEW** Hamburgische Electricitäts-Werke AG
- **ICEL** Instituto Colombiano de Energía Eléctrica
- **ICN** International Competition Network
- **IHH** Índice Herfindahl-Hirschman
- **IPSE** Instituto de Planificación y Promoción de Soluciones
Energéticas para las Zonas No Interconectadas
- **ISA** Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P.
- **kW** Kilovatio
- **LAC** Liquidador y Administrador de Cuentas del Sector Electrico
Colombiano
- **LAUBAG** Lausitzer Braunkohle AG
- **LDC** Ley de Defensa de la Competencia
- **LE** London Electricity
- **LEHL** London Electricity Holdings Limited
- **LSE** Ley del Sector Eléctrico

- **LSH** Ley del Sector de Hidrocarburos
- **MEH** Ministerio de Economía y Hacienda
- **MEM** Mercado Mayorista de Energía Eléctrica
- **MIBEL** Mercado Ibérico de la Energía
- **MW** Megavatios
- **MWh** Megavatio hora
- **OCDE** Organización de Cooperación y Desarrollo Económico
- **OEW** Oberschwäbische Elektrizitätswerke
- **OMEL** Operador del Mercado Ibérico de la Energía-Polo Español
- **OPA** Oferta Pública de Adquisición de Valores
- **OPEP** Organización de Países Productores de Petróleo
- **REE** Red Eléctrica de España
- **REGRT** Red Europea de Gestores de Redes de Transporte
- **REN** Rede Eléctrica Nacional S.A.
- **RHENAG** Rheinische Energie AG
- **SDC** Servicio de Defensa de la Competencia
- **SEPI** Sociedad Estatal de Participaciones Industriales
- **SIC** Superintendencia de Industria y Comercio
- **SIN** Sistema Interconectado Nacional
- **SMLMV** Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes
- **SSE** Scottish and Southern Energy
- **SSPD** Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios
- **STJC** Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
- **STN** Sistema de Transmisión Nacional
- **TCE** Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea

- **TDC** Tribunal de Defensa de la Competencia
- **TEAG** Thüringer Energie AG
- **TFUE** Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
- **TJCE** Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
- **TUE** Tratado de la Unión Europea
- **TWh** Teravatio hora
- **UBS** Unión de Bancos Suizos
- **UCTE** Unión para la Coordinación de Transmisión de Electricidad
- **UE** Unión Europea
- **UmwG** Umwandlungsgesetz
- **UPME** Unidad de Planeación Minero Energética
- **VEAG** Vereinigte Energiewerke AG
- **VEBA** Vereinigte Elektrizitäts- und Bergwerks AG
- **VEW** Vereinigten Elektrizitätswerke Westfalen AG
- **VIAG** Vereinigte Industrie-Unternehmungen AG
- **XM** Expertos en Mercados
- **ZNI** Zonas No Interconectadas

CAPITULO I

EL CONTROL DE LAS CONCENTRACIONES EMPRESARIALES COMO INSTRUMENTO DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

1. Introducción.

La regulación actual de las operaciones de concentración empresarial, tanto en el Derecho comunitario como en el Derecho español, es consecuencia de una evolución jurídica que ha sabido responder a la dinámica de un mercado europeo, cada vez más competitivo, producto de las políticas de competencia de la Unión Europea y de la globalización económica.

Este marco de impulso de la competencia es particularmente visible en determinados sectores económicos como las telecomunicaciones, el sector financiero, los transportes y el sector energético. De ahí que los agentes económicos participantes tengan en cuenta las operaciones de concentración empresarial como una estrategia idónea para, entre sus múltiples fines, diversificar servicios, acceder a nuevos escenarios, incrementar su fortaleza empresarial, etc. Es decir, para afrontar con mayor suficiencia la alta competitividad de sus respectivos sectores económicos.

En este contexto abordaremos inicialmente el estudio de las operaciones de concentración empresarial, teniendo en cuenta su relación directa con las políticas de competencia tomadas por la Unión Europea y España, su condición de recurso de Derecho de la Competencia, las motivaciones que inducen a las empresas a llevar a cabo una operación de concentración y la relación existente entre estas operaciones y el sector eléctrico, teniendo presente sus especiales características.

2. Política de Competencia, Derecho de la Competencia y concentraciones empresariales.

La política de competencia es una herramienta de política económica que se ha constituido en pilar fundamental del sistema de economía de mercado¹, característico de la Unión Europea²; y, en términos generales, del orden económico mundial vigente en la actualidad³.

Esta política se establece con el propósito de “evitar que el comportamiento de las empresas distorsionen la competencia en el mercado en detrimento de la libertad del consumidor”⁴. De esta manera, se garantiza a los agentes un espacio en el cual la libre y leal competencia sean los principios orientadores de su actividad económica. Esta

¹ Se puede afirmar que una economía de mercado es aquella en la que los individuos y las empresas privadas toman las decisiones más importantes sobre la producción y el consumo. Por el contrario, en una economía centralizada existe un dirigismo estatal hacia los procesos de producción y distribución. En este contexto, podemos entender el mercado como un mecanismo a través del cual compradores y vendedores se reúnen para comerciar y determinar precios y cantidades de los bienes y servicios. Definiciones tomadas de SAMUELSON, Paul A. y NORDHAUS, William; *“Microeconomía”*, Decimoctava Edición, Editorial McGraw Hill, Madrid, 2006, pág. 8 y 25.

Por su parte KRUGMAN Y WELLS definen economía de mercado como aquella “en la que la producción y el consumo son el resultado de decisiones descentralizadas de muchas empresas e individuos. No hay una autoridad central que dice a la gente lo que debe producir o a donde debe enviarlo”. Vid. KRUGMAN, Paul y WELLS, Robin; *“Microeconomía”*, Editorial Reverte, Barcelona, 2006, pág. 2.

² El concepto de competencia se puede sintetizar como un “mecanismo que permite que los precios reflejen las tensiones entre la oferta y la demanda y asigne los recursos”. Cfr. FERNÁNDEZ NAVARRETE, Donato; *“Fundamentos Económicos de la Unión Europea”*, Editorial Thomson, Madrid, 2007, pág. 75.

³ Vid. CIDONCHA, Antonio; *“La Libertad de Empresa”*, Editorial Thomson Civitas, Instituto de Estudios Económicos, Navarra, 2006, pág. 69.

⁴ Cfr. GUTIERREZ, Inmaculada y PADILLA, Jorge; *“Economía de la Competencia”*, en: Tratado de Derecho de la Competencia, Tomo 1, Unión Europea y España, Editorial BOSCH, Barcelona, 2005, pág. 1.

garantía genera como consecuencia, que mediante el juego de la oferta y la demanda de los actores económicos, se genere también un beneficio para el consumidor final.

Otra consecuencia adicional de la existencia de una política de competencia es que favorece la búsqueda de la eficiencia en los procesos económicos. En este sentido, los agentes participantes -por regla general y excepto situaciones de fallo del mercado⁵- buscan hacer un uso eficaz de sus recursos, sometidos al principio de la escasez, con la finalidad de ofrecer un producto o servicio más atractivo que el de sus competidores.

Para los consumidores, las ventajas de los mercados competitivos se materializan en el precio y en la calidad. De esta manera, la actividad del empresario se dirige a la optimización de recursos y la innovación, en aras de posicionar su producto o servicio en el mercado con una mayor ventaja competitiva en esta relación⁶.

El manejo de la escasez, como presupuesto básico de este orden, es uno de los elementos que determina el éxito de los agentes productores o prestadores de servicios. El libre mercado ofrece a estos “incentivos y premios para quienes mejor puedan llevar a cabo

⁵ La existencia de fallos del mercado indica la aplicación excepcional, en la práctica, del modelo clásico de competencia perfecta. El modelo de competencia perfecta era operativo cuando se conjugaban condiciones como la transparencia, la movilidad de los factores de producción, la ausencia de barreras de entrada, la homogeneidad de productos y la pluralidad ilimitada de sujetos que participan en el mercado ofreciendo productos o adquiriendo bienes o servicios. *Vid.* CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis y CARRASCOSA GONZALEZ, Javier; “El Derecho Europeo de la Competencia: Objeto, Fuentes y Sistemática.”, En: *Derecho Europeo de la Competencia*, Editorial Colex, Madrid, 2000, pág. 158-159.

⁶ Los empresarios utilizan como estrategia de satisfacción de los consumidores la constante mejora en la relación calidad precio, la innovación y la eficiencia en su proceso productivo. *Vid.* GUTIERREZ, Inmaculada y PADILLA, Jorge, *ob cit*, pág. 2.

esta tarea”⁷, que se traducen en el incremento de las ventas, el aumento de sus beneficios y el reconocimiento de su producto o servicio entre los consumidores.

Así las cosas, los consumidores y productores siempre van a tomar sus decisiones buscando obtener el mayor beneficio para sus intereses; es decir, aprovechando cada oportunidad en la cual se tienda a mejorar. Esta situación se conoce como la búsqueda de la eficiencia.

Este proceso se puede entender también desde la perspectiva del mercado, como instrumento que nos permite seleccionar el bien o servicio más adecuado, según nuestras necesidades y nuestras exigencias en la relación calidad-precio, mientras que el vendedor busca obtener el mayor provecho tratando de minimizar costes en el proceso productivo⁸.

Desafortunadamente, en ocasiones, el mercado por sí mismo no es suficiente para alcanzar completamente una asignación eficiente de recursos. En primer lugar, pueden presentarse situaciones en las cuales, por la naturaleza de la actividad o por la dinámica de los agentes participantes, no se alcancen situaciones de eficiencia. Algunas de estas situaciones son reconocidas por la doctrina económica, según mencionamos anteriormente, como fallos del mercado, por ejemplo, los bienes públicos, los monopolios naturales, la información asimétrica y las situaciones catalogadas como “externalidades”⁹.

⁷ Cfr. PEREZ DE ANTON, Francisco; *“La Libre Empresa”*, Unión Editorial, Madrid, 2006, pág. 127.

⁸ Vid. MARTIN MATEO, Ramón; *“El Marco Público de la Economía de Mercado”*, Editorial Thomson-Aranzadi, Segunda Edición, Navarra, 2003, pág. 29.

⁹ En el caso de los bienes públicos nos referimos a situaciones en las que un bien o servicio está disponible para el uso o goce de una o todas las personas sin que exista una disminución en la disponibilidad de este o del servicio para los demás consumidores o usuarios. En estos casos, la iniciativa privada para la producción de estos bienes o servicios no existe o es insuficiente, debido a que los beneficios se dispersan entre la población y no existe un

En segundo lugar, la libre competencia en el mercado también puede verse distorsionada por conductas de los mismos agentes intervinientes, que buscan un beneficio propio o colectivo, en detrimento de otros competidores y del consumidor.

En este último supuesto -partiendo de la política de competencia- es preciso que el Estado articule un sistema de normas que preserven la lealtad y la libertad competitiva que debe rodear la actividad económica de los individuos en la economía de mercado, pero que no limite de manera rigurosa la libertad particular en la toma de decisiones económicas¹⁰.

incentivo económico suficiente para prestarlo. En el caso de las externalidades nos encontramos frente a situaciones en las cuales existen costes o beneficios derivados del proceso de producción de un bien, o del consumo del mismo, que repercuten sobre terceros y cuyo efecto no está internalizado o incorporado en el precio. En este orden de ideas, existen externalidades positivas y externalidades de carácter negativo. Ejemplo de las primeras puede ser el disfrute que un vecindario hace del jardín de un vecino. Ahora bien, generalmente la intervención del Estado se encuentra dirigida a la regulación y al control de las externalidades negativas como, por ejemplo, la contaminación ambiental, la emisión de gases, el ruido y la contaminación del agua. *Vid.* SAMUELSON Paul A. y NORDHAUS, William; *ob cit*, pág. 35.

¹⁰ En los apartados segundo y tercero del preámbulo de la Ley de Defensa de la Competencia, se resalta esta necesidad al destacar que, siendo la defensa de la competencia uno de los elementos más importantes de política económica en la actualidad, es necesario disponer de un sistema que, sin intervenir de forma innecesaria en la libre toma de decisiones empresariales, permita contar con los instrumentos adecuados para garantizar el buen funcionamiento de los procesos en el mercado. *Vid.* Preámbulo, Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, publicada en el BOE núm. 159 de 4 de julio de 2007, pág. 28848–28872, disponible en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/115-2007.html. Asimismo, en punto a la relación existente entre las empresas, el sistema de economía de mercado, la competencia y el Derecho de la competencia, destacamos la siguiente reflexión del Profesor COSTAS COMESAÑA: “La selección de los operadores económicos es una de las funciones de la competencia en los sistemas de economía de mercado. A través de esta función de selección de las empresas más eficientes en perjuicio de las ineficientes se entiende que la competencia contribuye a asegurar la adaptación continua del aparato productivo a las situaciones siempre cambiantes del mercado.....El riesgo inmanente al sistema competitivo a perder la posición que se ocupa en el mercado, o incluso a ser expulsado de él, incita a los operadores económicos a mejorar sus prestaciones mediante la utilización más eficiente de sus recursos humanos y materiales, de la que se beneficia tanto la economía general como los consumidores. Por eso, los ordenamientos de defensa de la competencia establecen la prohibición de todas aquellas conductas, como los

Este sistema normativo forma el “Derecho de la competencia”, que se organiza en dos frentes: el primero de ellos denominado “Derecho de la libre competencia” (o Derecho *antitrust*), encargado de perseguir y sancionar las situaciones en las que se presenten acuerdos colusorios, prácticas concertadas y abusos de posición dominante. Dentro de esta categoría se disciplinan el control de las ayudas públicas y el control de las concentraciones empresariales¹¹.

acuerdos colusorios, que impiden de hecho a la competencia cumplir la función de adaptación de la economía mediante la selección de los empresarios más eficientes”. Cfr. COSTAS COMESAÑA, Julio; “*Los Cárteles de Crisis*”, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 21.

¹¹ Desde la perspectiva del Derecho Comunitario, las principales normas sobre las cuales se sustenta el Derecho de la libre competencia son: el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) en materia de acuerdos colusorios y prácticas concertadas; el artículo 102 del TFUE en materia de abuso de posición dominante; los artículos 107, 108 y 109 del TFUE en materia de ayudas públicas y el Reglamento 139/2004 sobre control de concentraciones empresariales. El Derecho Español disciplina estas situaciones principalmente en la Ley de Defensa de la Competencia y los Decretos Reglamentarios de desarrollo. Vid. Artículos 101, 102, 107, 108 y 109 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Versión Consolidada), publicado en el DOUE C 83 de 30 de marzo de 2010; Reglamento 139/2004 de 20 de enero de 2004, publicado en el DOUE L 24 de 29 de enero de 2004; Ley 15/2007 de 3 de julio de 2007. Normas disponibles en <http://eur-lex.europa.eu/es/treaties/index.htm> y en www.cncompetencia.es. Ahora bien, es necesario tener presente que los Derechos de Propiedad Industrial también tienen como marco el Derecho a la libre competencia, al constituir excepciones de esta libertad. Como sostiene el Profesor OTERO LASTRES, “...para asegurar esta libertad (**la libertad de empresa**) el ordenamiento jurídico prevé un conjunto de normas, el Derecho de la competencia, cuyo objeto es establecer las reglas a las que debe sujetarse la actividad económica que desarrollen los empresarios en el mercado para que compita en un marco de libertad y lealtad. Sion embargo, a pesar de basarse en el principio de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, el propio ordenamiento jurídico regula una serie de derechos que confieren a su titular el derecho exclusivo de explotar el objeto sobre el que recaen. Lo cual significa que los objetos sobre los que recaen estos derechos de exclusiva quedan sustraídos del principio de libertad de empresa y, consiguientemente, de la libre competencia, en la medida en que a los terceros no les está permitida su explotación sin el consentimiento del titular...Pues bien, en tanto que excepciones, los derechos de propiedad industrial se encajan sistemáticamente en el propio ámbito excepcionado que es, como decíamos, la libre competencia, uno de los dos subsectores que junto con el de la competencia desleal conforman el mencionado derecho de la competencia.”. Negrillas fuera del texto. Cfr. BOTANA AGRA, Manuel; FERNÁNDEZ-NÓVOA; Carlos y OTERO LASTRES, Juan Manuel; “Introducción a la Propiedad Industrial”, en: *Manual de la Propiedad Industrial*, capítulo I, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2009, pág. 49.

El segundo frente jurídico de defensa de la competencia es el “Derecho de la competencia desleal”, que sanciona aquellos comportamientos de los competidores que resultan objetivamente contrarios a las exigencias de la buena fe¹².

En primer lugar, en cuanto a los actos que lesionan los intereses de los competidores, el Derecho de la competencia desleal regula los actos de denigración, los actos de comparación, los actos de imitación, la explotación de la reputación ajena, la violación de los secretos industriales y la inducción a la ruptura contractual.

En segundo lugar, respecto de los actos que lesionan los intereses de los consumidores, el Derecho de la competencia desleal disciplina los actos de confusión, los actos de engaño, los obsequios, primas, regalos y los actos de discriminación de los consumidores.

En tercer lugar, como actos que vulneran el interés general, se regulan la ventaja competitiva obtenida por infracción de leyes, la venta a pérdida y la explotación de situaciones de dependencia económica.

¹² En el Derecho español los supuestos de competencia desleal son regulados por la Ley 3/1991, de 10 de enero, publicado en el BOE núm. 10 de 11 de enero de 1991, págs. 959-962, disponible en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/l3-1991.html. Sobre este tema destacamos el trabajo de MASSAGUER, José; “*Comentario a la Ley de Competencia Desleal*”, Editorial Civitas, Madrid, 1999. En punto a la distinción entre los dos frentes que integran el Derecho de la Competencia, destacamos la reflexión del Profesor OTERO LASTRES, quien puntualiza que el Derecho de la libre competencia “..es el sistema normativo que se encarga de hacer efectivo el principio de libertad de competencia”, mientras que el objeto del Derecho de la competencia desleal es “.. mantener la vigencia de los principios de la lealtad y licitud en la competencia”. Cfr. OTERO LASTRES, José Manuel; “La Libre Competencia y la Propiedad Industrial”, en: *Revista Jurídica de Propiedad Intelectual*, Tomo 2, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Guayaquil, Ecuador, 2009, pág. 18. Disponible en www.revistajuridicaonline.com

Asimismo, debe destacarse la importancia que para la competencia representa la publicidad, como arma necesaria para los empresarios y como instrumento imprescindible para los consumidores, siendo también regulados los supuestos de publicidad ilícita¹³.

Para concluir, debemos subrayar que la competencia, como característica fundamental de una economía de mercado, cumple tres funciones de carácter político-económico. La primera es una función *ordenadora y de dirección*, ya que la competencia -al ser dinámica- moldea la oferta a las variaciones de la demanda, incidiendo en el comportamiento de los oferentes de tal forma que deban adaptarse a estos cambios y, paralelamente, busquen la eficiencia en su proceso productivo¹⁴.

En segundo lugar, se encuentra la función de *selección*, consistente en la recompensa que la competencia brinda a los oferentes eficientes en el mercado y el castigo al que somete a los ineficientes¹⁵.

¹³ Vid. LEMA DEVESA, Carlos; "La Publicidad Comparativa", en: *Problemas Jurídicos de la Publicidad*, Editorial Marcial Pons, Estudio Jurídico Lema, Madrid, 2007, pág. 447. En la órbita del Derecho Comunitario debemos mencionar que la publicidad engañosa está regulada por la Directiva 2006/114/CE que a partir del 12 de diciembre de 2007 deroga la Directiva 84/450/CEE de 10 de septiembre de 1984. Vid. Directiva 2006/114/CE de 12 de diciembre de 2006, publicada en el DOUE L 396 de 27 de diciembre de 2006. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:376:0021:0027:ES:PDF>

¹⁴ El Profesor IMMENGA explica esta función en los siguientes términos: "En la economía de mercado, la competencia coordina la cobertura de necesidades con la producción de manera que en los diversos mercados, a largo plazo, solo se ofrecerán las mercancías y servicios en el modo, cantidad y calidad correspondientes a la demanda (función de coordinación). Y la competencia se ocupa de que, con el transcurso del tiempo, la producción se adapte a las cambiantes necesidades (función de adaptación). Presupuesto de tal coordinación es un sistema funcional de precios, que sirva para anunciar el grado de escasez de los respectivos bienes. Bajo las condiciones de una competencia eficiente, este sistema de precios solo podrá proporcionar informaciones correctas". Cfr. IMMENGA, Ulrich; *"El Mercado y el Derecho"*, Universitat de Valencia, Valencia, 2001, pág. 22 y 23.

¹⁵ Vid. CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis y CARRASCOSA GONZALEZ, Javier; *ob cit*, pág. 156-158.

En tercer lugar, la función *neutralizadora*, que se puede calificar como un mecanismo mediante el cual se evita la formación definitiva de posiciones de poder en el mercado. En este sentido, a través del Derecho de la Competencia, se estructura un andamiaje jurídico que evita y/o corrige los abusos de de los agentes en el mercado, que buscan obtener un beneficio contrariando el principio de la libre y leal competencia¹⁶.

2.1. Política y Derecho de la Competencia en la Unión Europea.

La libre circulación de personas, bienes, servicios y capitales, la creación de un mercado común en el interior de las fronteras de la Unión Europea (UE) y las libertades inherentes al modelo económico de mercado -como la libertad de empresa- hacen que los agentes económicos compitan con la finalidad de maximizar sus beneficios a costa de los intereses de los consumidores.

Este proceso se repite de manera ágil y permanente, de modo que se hace necesaria la institucionalización de mecanismos que defiendan la legitimidad y transparencia de este proceso económico, ante la posibilidad de que las empresas puedan defraudar este andamiaje -que da sustento al sistema- y que conocemos como libre competencia.

En este sentido, el principio de la libre competencia y la lógica de la economía de mercado son susceptibles de ser vulnerados por la empresas, teniendo en cuenta su poder¹⁷ o su capacidad de concertar acuerdos que puedan falsear la libre competencia¹⁸,

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Como así podría ocurrir en situaciones de monopolios u oligopolios.

situaciones que se derivan de la existencia de fallos del mercado, a los que hicimos referencia anteriormente.

Con fundamento en este contexto, la UE ha fijado la política de competencia como un pilar fundamental para el logro de los objetivos económicos y sociales, consagrados en el Tratado de la Unión Europea (TUE). Por esta razón, podemos afirmar que la Política de competencia comunitaria se caracteriza por tener un *carácter instrumental*¹⁹.

En efecto, esta política es una herramienta que pretende aportar en el logro de determinados objetivos económicos y sociales, en particular, aquellos relacionados con la consolidación de un mercado interior, que permita en Europa el desarrollo sostenible²⁰. Por su parte, el logro de un desarrollo sostenible, es posible si, a su vez, se fundamenta en factores como: el crecimiento económico equilibrado, la estabilidad de los precios, la competitividad de la economía social de mercado altamente competitiva, la búsqueda del pleno empleo, etc²¹.

¹⁸ Vid. DIEZ MORENO, Fernando; “*Manual de Derecho de la Unión Europea*”, Editorial Thomson Civitas, Tercera Edición, Navarra, 2005, pág. 501. En este sentido, destacamos las justificaciones de PASTOR a la existencia de una política de competencia. Para el autor, una tendencia natural que existe en la economía de mercado es que “las empresas desarrollen comportamientos estratégicos con la finalidad de disponer de alguna capacidad – preferiblemente de toda la capacidad- de influir sobre el precio de venta”. Cfr. PASTOR, Jaime Vicente; “La Política Comunitaria de la Competencia”, en: *Economía de la Unión Europea*, Editorial Thomson Civitas, Navarra, 2005, pág. 264.

¹⁹ Vid. FERNANDEZ NAVARRETE, Donato; *ob cit*, pág. 74. Vid CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis y CARRASCOSA GONZALEZ, Javier; *ob cit*, pág. 174 y 181.

²⁰ Vid. Artículo 3.3. del TUE, versión consolidada publicada en el DOUE C 83 de 30 de marzo de 2010. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/es/treaties/index.htm>

²¹ *Ibidem*. En la misma línea de argumentación, es necesario destacar que la Política Económica de la UE debe ejecutarse respetando los Principios de economía de mercado y de libre competencia Vid. Artículo 119 del TFUE,

Otra característica que debemos destacar de la política de competencia europea es su carácter *horizontal*. Es decir, la aplicación de sus normas afecta distintos sectores económicos, como los servicios de interés general²², la agricultura²³, la industria, etc. De tal suerte, que también incide en otras políticas comunitarias a saber: la política industrial, la política agrícola, la política medioambiental, la política energética, la política regional, la política comercial, etc.

Ahora bien, en el ámbito comunitario, la política de competencia se sustenta en un conjunto de normas, denominadas Derecho de la competencia comunitario, cuyas principales disposiciones, se encuentran en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)²⁴.

versión consolidada publicada en el DOUE C 83 de 30 de marzo de 2010. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/es/treaties/index.htm>

²² Como el sector eléctrico, el sector del gas natural y las telecomunicaciones. En estos sectores la política de competencia ha adquirido una importancia determinante en el diseño de los modelos de funcionamiento y ha sido –a nuestro entender– el pilar fundamental para la mejora en la calidad del servicio y el aumento de la cobertura. Sobre este aspecto destacamos el trabajo que presenta GONZALEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago; *“Los Mercados de Interés General: Telecomunicaciones y Postales, Energéticos y de Transportes”*, Editorial Comares, Granada, 2001.

²³ El intervencionismo característico en el sector agrícola por parte de las autoridades comunitarias –en especial teniendo en cuenta la Política Agrícola Común (PAC)– ha hecho que la política de competencia en este sector tenga connotaciones restrictivas más que connotaciones permisivas o de promoción. Así se deduce de la lectura del artículo 42 del TFUE, que restringe la aplicación de las medidas de competencia del Tratado a las disposiciones del Consejo y a los objetivos de la Política Agrícola Común (PAC). *Vid.* Artículos 39 al 44 del TFUE. Versión consolidada publicada en el DOUE C 83 de 30 de marzo de 2010. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/es/treaties/index.htm>

²⁴ *Vid.* Versión consolidada del Tratado de la Unión Europea (TUE) y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Publicada en el DOUE C 83 de 30 de marzo de 2010. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/es/treaties/index.htm>

En este Tratado se plasman normas en materia de competencia dirigidas a las empresas, como la regulación sobre prácticas restrictivas y el abuso de posiciones de dominio. Asimismo, los Estados también son destinatarios de la normativa comunitaria de competencia, como por ejemplo, en punto a las disposiciones relativas al control de las ayudas públicas²⁵.

Respecto a las concentraciones empresariales, debemos destacar que el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCE), no contenía ninguna disposición específica, que se ocupara de manera puntual del control de las operaciones de concentración empresarial²⁶. No obstante, el control de estas operaciones inicialmente se llevo a cabo, con fundamento en los antiguos artículos 81 y 82 del TCE²⁷, gracias a

²⁵ La UE se ha reservado la competencia exclusiva para determinar las normas de competencia necesarias para el adecuado funcionamiento del mercado interior, que, como ya hemos mencionado, se erige como un pilar de la Unión. *Vid.* Artículo 3.1. del TFUE. Versión consolidada publicada en el DOUE C 83 de 30 de marzo de 2010. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/es/treaties/index.htm>

²⁶ En el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), firmado en París el 18 de abril de 1951 entre Francia, Alemania, Italia, Bélgica, Holanda y Luxemburgo, en su artículo 66, se establecía de manera puntual una regulación de las concentraciones en estos sectores. De tal suerte que, para llevar a cabo una concentración empresarial en el sector del carbón y del acero, era necesaria la autorización previa de la Comisión. Este fue el primer antecedente normativo, desde el punto de vista comunitario, del control de las operaciones de concentración empresarial. La vigencia del Tratado CECA expiro el 23 de julio del año 2002. *Vid.* Artículo 66, Tratado Constitutivo de la Comunidad europea del carbón y del Acero (CECA). Disponible en http://constitucion.rediris.es/legis/1951/tr1951-04-18_ceca/tr1951-04-18_ceca.html; GONZALEZ-DIAZ, Francisco Enrique y CARPI BADIA, Josep María; “La Noción de Concentración Económica y la Evaluación de sus Efectos en los Ordenamientos Comunitario y Español”, en: *Tratado de Derecho de la Competencia*, Tomo 1, Editorial BOSCH, Barcelona, 2005, pág. 629.

²⁷ En la actualidad, artículos 101 y 102 del TFUE. Versión consolidada publicada en el DOUE C 83 de 30 de marzo de 2010. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/es/treaties/index.htm>

amplias interpretaciones jurisprudenciales de tales artículos y como un control a posteriori²⁸.

Esta situación cambió de manera radical mediante la adopción del Reglamento (CEE) No. 4064/89 del Consejo, de 21 de noviembre de 1989, sobre control de las operaciones de concentración empresarial²⁹, que fue posteriormente derogado por el Reglamento 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, vigente en la actualidad³⁰.

Estos Reglamentos se ocuparon puntualmente de la regulación del control de estas operaciones, desde la perspectiva del Ordenamiento Comunitario, tanto en sus aspectos sustantivos como de procedimiento. La normativa comunitaria de control de concentraciones, también ha sido complementada -para interpretación y aclaración del alcance de sus normas- a través de varias Comunicaciones y Recomendaciones de la Comisión Europea, a las que haremos alusión en el siguiente capítulo.

²⁸ Mediante la aplicación de estos artículos se resolvieron importantes asuntos, a los que haremos referencia en el capítulo segundo, a saber: asunto 6/72, *Continental Can/Commission*, Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (STJC) de 21 de febrero de 1973, recopilación de jurisprudencia de 1973, pág. 00215. Disponible en inglés en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61972J0006:EN:HTML>. Destacamos también los asuntos acumulados 142/84 y 156/84, *BAT y Reynolds/Commission*, Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de noviembre de 1987, recopilación de jurisprudencia de 1987, pág. 4487. Disponible en inglés en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61984J0142:EN:HTML>

²⁹ Vid. Reglamento (CEE) No. 4064/89, publicado en el DOUE L 257 de 21 de septiembre de 1990, pág. 13, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31989R4064:ES:HTML>

³⁰ Vid. Reglamento (CEE) No. 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, publicado en el DOUE L 24 de 29 de enero de 2004, pág. 1-22, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004R0139:ES:HTML>

Ahora bien, las normas del TFUE que regulan los acuerdos empresariales, las prácticas colusorias, los abusos de posición dominante y las ayudas públicas son igualmente complementadas y/o desarrolladas por múltiples Reglamentos y Comunicaciones que integran este andamiaje jurídico. La evolución de los mercados y la aparición en ellos de nuevas situaciones no previstas, han hecho que periódicamente se dicten nuevas normas que modifican o derogan disposiciones anteriores, que junto a las Comunicaciones y decisiones de la Comisión, dotan al Derecho Comunitario de la Competencia de un especial grado de especialización y técnica³¹.

³¹ Como por ejemplo el Reglamento (CEE) No. 1/2003, de 7 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del TCE; el Reglamento (CEE) No. 411/2004, de 26 de febrero de 2004, que modifica el Reglamento No. 1/2003; el Reglamento (CEE) No. 773/2004, de 7 de abril de 2004, relativo al desarrollo de los procedimientos de la Comisión con arreglo a los artículos 81 y 82 del TCE; el Reglamento (CEE) No. 659/1999, de 22 de marzo de 1999, por el que se desarrolla la aplicación del artículo 88 del TCE referente a las ayudas de Estado; el Reglamento (CEE) No. 794/2004, de 21 de abril de 2004, que desarrolla el anterior reglamento y el artículo 93 del TCE; el Reglamento (CEE) No. 994/1998, de 7 de mayo de 1998, sobre la aplicación de los artículos 87 y 88 del TCE a determinadas categorías de ayudas de Estado horizontales y el Reglamento (CEE) No. 2790/1999, de 22 diciembre 1999, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del TCE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas. En materia de Comunicaciones de la Comisión, destacamos la Comunicación de 27 de abril de 2004, sobre la cooperación en la red de autoridades de competencia; la Comunicación de la Comisión de 27 de abril de 2004, relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE en la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE; la Comunicación de la Comisión de 27 de abril de 2004, sobre la tramitación de denuncias por parte de la Comisión al amparo de los artículos 81 y 82 del TCE; la Comunicación de la Comisión-Directrices de 27 de abril de 2004, relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del TCE y la Comunicación de la Comisión-Directrices de 27 de abril de 2004, relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado. Debemos resaltar que estas Comunicaciones determinan el alcance y la interpretación de la normativa comunitaria, de modo que orientan sobre la aplicación de estas normas en diferentes supuestos. A pesar de no tener fuerza jurídica vinculante, tales comunicaciones son de suma utilidad para los operadores jurídicos y para los agentes económicos, a la hora de dar sentido y alcance a la normativa comunitaria de competencia. Excluimos aquí la mención de Reglamentos y Comunicaciones relativas al control de operaciones de concentración empresarial, puesto que serán mencionadas ulteriormente. **Es muy importante tener en cuenta que con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, las referencias que en estos Reglamentos y Directivas se hace a los artículos del TCE, deben entenderse con arreglo a los artículos del actualmente vigente TFUE. Por ejemplo, cuando en los Reglamentos anteriormente citados se mencionan los artículos 81, 82, 87, 88 y 93 del TCE, debe**

A pesar de la extensión de la materia, las normas del Derecho de la Competencia Comunitario gozan de notas características comunes que le distinguen de otros regímenes jurídicos y que merecen ser resaltadas, toda vez que las normas de control de concentraciones empresariales se encuadran dentro de aquellas³²:

1. *Naturaleza Pública*: Las normas del Derecho de la Competencia buscan la defensa del interés público o del interés general, que en este caso se concreta en la defensa del funcionamiento del mercado y de la libre de competencia³³.
2. *Aplicación Directa*: Las normas comunitarias de Derecho de la Competencia forman parte de los Ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la Unión Europea, sin que sea necesaria su transposición previa al Ordenamiento local mediante una ley nacional. Así, por ejemplo, el artículo 1, apartado 1, del Reglamento (CE) No. 1/2003, dispone que “los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas contemplados en el

entenderse que se hace referencia a los artículos 101 y 102, 107, 108 y 113 del TFUE, respectivamente. Versión consolidada publicada en el DOUE C 83 de 30 de marzo de 2010. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/es/treaties/index.htm>

³² Vid ALONSO SOTO, Ricardo; “Las Relaciones entre los Derechos Comunitario Europeo y Español de la Competencia”, en: *Tratado de Derecho de la Competencia*, Tomo 1, Editorial BOSCH, Barcelona, 2005, pagina 61 y ss, y DIEZ MORENO, Fernando; *ob cit*, pág. 502.

³³ En este sentido, ALONSO SOTO, destaca que la libre competencia como elemento fundamental del mercado, se constituye en un principio digno de tutela por parte del Estado, puesto que por su importancia, forma parte del orden económico de mercado. No se puede entender el mercado sin libertad de competencia y en este sentido la garantía de su existencia y de su ordenado funcionamiento debe ser tarea pública. Vid. ALONSO SOTO, Ricardo; “El Interés Público en la Defensa de la Competencia”, en: *La Modernización del Derecho de la Competencia en España y en la Unión Europea*, Editorial Marcial Pons, Fundación Rafael del Pino, Madrid, 2005, págs. 36 y 37.

apartado 1 del artículo 81 del Tratado³⁴ que no cumplan las condiciones del apartado 3 de dicho artículo están prohibidos, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto”³⁵.

3. *Generalidad*: El Derecho de la Competencia es de aplicación en la gran mayoría de actividades económicas, excepto en las actividades en las cuales no aplica el modelo de mercado, como por ejemplo, la defensa nacional o actividades en régimen de monopolio o monopolios naturales, como la transmisión de electricidad.
4. *Extraterritorialidad*: El Derecho Comunitario de la Competencia se aplica a los agentes económicos comunitarios y también a los agentes que no pertenecen a la Unión Europea, pero que desarrollan su actividad económica dentro de las fronteras de la Unión.
5. *Efecto Directo*: Las normas de Derecho de la Competencia otorgan derechos y deberes a los ciudadanos comunitarios que pueden ser defendidos ante los tribunales locales, que gozan de competencia plena para aplicarlo de manera directa. Este principio se plasmó por primera vez por vía jurisprudencial, en la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 5 de febrero de 1963 (asunto 26-62, Van Gend & Loos). En esta sentencia se determinó que en el nuevo Orden Jurídico Comunitario, los sujetos de este orden no son solo los Estados, sino también sus ciudadanos. Así pues, el Derecho comunitario otorga a los ciudadanos deberes y

³⁴ En la actualidad, el artículo 101 del TFUE. Versión consolidada publicada en el DOUE C 83 de 30 de marzo de 2010. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/es/treaties/index.htm>

³⁵ Cfr. Artículo 1, apartado 1, Reglamento (CE) No. 1/2003, de 16 de Diciembre de 2002, publicado en el DOUE L 001 de 4 de enero de 2003, pág. 1-25. El subrayado es nuestro. Disponible en http://www.fomento.es/NR/rdonlyres/A86A0414-6E66-4D81-97CA-785318E39618/1660/rgl_1_05.pdf

derechos, independientemente de los otorgados por sus Ordenamientos locales, que también pueden ser objeto de tutela y protección por los tribunales nacionales³⁶.

Ahora bien, la coexistencia del Derecho comunitario con los Ordenamientos nacionales ha generado, en no pocas ocasiones, conflictos de aplicación debido a la regulación diferente del mismo supuesto. De suerte que el operador jurídico se encontraba ante la incertidumbre de la norma aplicable al caso concreto.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) de 15 de julio de 1964 aclaró esta problemática, precisando que, en caso de conflicto, el Derecho comunitario prevalece sobre las normas nacionales. De acuerdo con el Tribunal, la transferencia de atribuciones de los Estados a la Comunidad genera unas limitaciones en la soberanía de aquellos. En consecuencia, cualquier acto unilateral del Estado, que sea incompatible con las disposiciones o normativa Comunitaria, no puede prevalecer³⁷.

Este *Principio de Supremacía* es aplicable a todas las normas del Derecho Comunitario, tanto aquellas que proceden del Derecho primario, como aquellas que provienen del Derecho derivado. Esto es, el mencionado principio se aplica a los Tratados, como primera fuente de Derecho Comunitario, y a los Reglamentos, Directivas, Decisiones, Recomendaciones, etc, como fuentes de Derecho derivado³⁸.

³⁶ Sentencia publicada en recopilación especial española 1961-1963, pagina 333. Respecto a este tema cabe destacar también la Sentencia del TJCE de 19 de enero de 1982, asunto 8/82, *Becker/Finanzant Munster-Innstedt*, Recopilación de 1982, pág. 53, en la que se limitan los alcances del principio de efecto directo del Derecho Comunitario. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/es/index.htm>

³⁷ *Vid.* Sentencia del TJCE, de 15 de julio de 1964, asunto 6/64, *ENEL/Flaminio Costa*, publicada en recopilación de 1964, pág. 1141. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/es/index.htm>

³⁸ *Vid.* MEDINA GONZALES, Sara; “La Política de la Competencia”, en: *Políticas de la Unión Europea*, Editorial COLEX, cuarta edición, Madrid, 2007, pág. 370-371 y ESPINOSA CALABUIG, Rosario; “Derecho de la

Sobre la base de lo anteriormente expuesto, en cuanto a la coexistencia y aplicación de las normas comunitarias de control de concentraciones y las normas de Derecho interno que regulan las mismas, el Reglamento (CE) No. 139/2004, ha dejado claro expresamente que los Estados miembros deben abstenerse de aplicar su normativa local en materia de concentraciones en aquellos casos en que la operación objeto de análisis tenga dimensión comunitaria. En este caso, la normativa aplicable será la de carácter comunitario³⁹.

En efecto, desde la perspectiva del Derecho comunitario, la existencia de una normativa específica en materia de control de concentraciones empresariales, responde a una necesidad económico-jurídica, que pretende evitar la ejecución de concentraciones con capacidad para falsear la competencia dentro de las fronteras de la Unión.

En este sentido, las operaciones de concentración empresarial pueden generar efectos anticompetitivos en el mercado común y, por esta razón, deben ser objeto de control por parte de las autoridades comunitarias. Este control se realiza teniendo presente determinados requisitos que el Reglamento de concentraciones incorpora y que deben estar presentes en la operación para que proceda su examen⁴⁰.

Competencia”, en: *Derecho del Comercio Internacional*, Editorial Tirant Lo Blanch, Segunda Edición, Valencia, 2006, pág. 64 y ss.

³⁹ Así se establece en el artículo 21 del Reglamento, apartado 3, que declara: “Los Estados miembros se abstendrán de aplicar su normativa nacional en materia de competencia a las concentraciones de dimensión comunitaria”. Cfr. Artículo 21, apartado 3, Reglamento (CE) 139/2004, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004R0139:ES:HTML>.

⁴⁰ Aspectos como el tipo de operación y su magnitud económica, a los que haremos ulterior referencia.

Ahora bien, los procesos de concentración empresarial se presentan con mayor frecuencia en determinados periodos de tiempo, en los que existen cambios en la regulación de ciertos sectores –como en los procesos de liberalización-, cuando aparecen novedades o modificaciones tecnológicas o por cambios estructurales en la demanda. Un ejemplo de este último caso ha sucedido cuando los operadores de internet decidieron ofrecer, a través de sus redes, productos de la industria cinematográfica, de la televisión y de la industria musical⁴¹.

La presencia de estas circunstancias en un sistema económico -bien sea en la Unión Europea como región económica individual o en España- hacen que estas operaciones se ejecuten con mayor o menor frecuencia y restringidas a determinados mercados específicos.

En Europa, es posible identificar varios periodos en los cuales se ha presentado un auge en la ejecución de operaciones de concentración empresarial. El primero de ellos fue el periodo comprendido entre 1925 y 1929. Durante estos años, se realizaron operaciones de fusión orientadas a una fuerte integración vertical de las industrias, razón por la que surgen importantes conglomerados de empresas publicas integradas verticalmente. Esta tendencia, que aparece también en los Estados Unidos, tiene como consecuencia el surgimiento de oligopolios en los cuales las empresas controlan el mercado y por ende tienen un amplio poder para manipular los precios⁴².

⁴¹ Esta finalidad se perseguía con la operación de fusión entre America Online (AOL) y TimeWarner llevada a cabo entre el año 2000 y el 2001. Vid BREALEY, Richard A; MYERS, Stewart C y ALLEN, Franklin; *“Fundamentos de Finanzas Corporativas”*, Mc Graw Hill, Quinta Edición, Madrid, 2007, pág. 625.

⁴² Vid. GARCIA ESTEVEZ, Pablo; *“Fusiones Comentadas”*, Prentice Hall, Madrid, 2006, pág. 2 y ss.

Ulteriormente, durante el periodo comprendido entre 1980 y 1999, se produjo en Europa un incremento en las operaciones de concentración, motivadas por los avances en el desarrollo del mercado interior y el proceso paralelo de liberalización de sectores económicos como la energía y las telecomunicaciones⁴³. En los Estados Unidos, durante este periodo, el incremento de las operaciones de concentración surge –igualmente- como consecuencia de las normas que liberalizan sectores de la economía y que motivan la libre iniciativa privada en actividades, como el sector bancario y las telecomunicaciones⁴⁴.

Ahora bien, en el ámbito europeo -y en relación al sector económico objeto de estudio, el sector eléctrico-, consideramos que circunstancias de diversa índole han motivado el reciente aumento de las operaciones de concentración. De manera concreta, cabe mencionar las siguientes:

- Una mayor madurez en el desarrollo del mercado interior.
- Los avances en los procesos de liberalización.
- El fortalecimiento progresivo de la política y normativa de competencia.

⁴³ Si se revisan las estadísticas de la Comisión en punto al número de operaciones de concentración notificadas desde el año 1990 hasta el 2001, la tendencia que se observa es un incremento permanente del número de operaciones año por año. Asimismo, merece la pena destacar que desde entre el 2005 y el 2008 se notificaron a la Comisión -de manera constante- más de 300 operaciones por año. Así pues, en el 2007 se alcanzó la cifra más alta de concentraciones reportadas, con 402 operaciones notificadas. Vid. COMISION EUROPEA; “*European Merger Control-Council Regulation 139/2004-Statistics*”. Documento disponible en <http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/statistics.pdf>

⁴⁴ Vid. BREALEY, Richard A; MYERS, Stewart C. y ALLEN, Franklin; “*Principios de Finanzas Corporativas*”, Mc Graw Hill, Octava Edición, Madrid, 2006, pág. 989.

- El sostenido desarrollo económico y el aumento de la competitividad.
- La visión de las empresas europeas en función de la creación de valor y su posicionamiento en el mercado, que se concreta en la necesidad de ocupar posiciones estratégicas en un futuro mercado único de la energía⁴⁵.

En suma, el control sobre las concentraciones empresariales ha sido el resultado de una larga evolución político-económica, que llevó al Derecho de la competencia a institucionalizar de manera necesaria su regulación y su control. Este proceso alcanza altos grados de madurez en mercados como el de Europa, España y Estados Unidos. En el caso de España, hay que destacar que las empresas eléctricas españolas han sido protagonistas de importantes operaciones de concentración empresarial de dimensión comunitaria; circunstancia que es una muestra de su importancia económica en el contexto continental y del interés que representan para los agentes industriales europeos.

En España, la regulación de las concentraciones empresariales no se ha mantenido al margen de la evolución de la materia en Europa, especialmente durante la última década. Por consiguiente, a continuación pasaremos revista al proceso de institucionalización del control de las concentraciones empresariales en el Derecho de la competencia español y como estas normas encuentran un sitio y cumplen un papel determinante para la defensa de la competencia en el país.

2.2. Política y Derecho de la Competencia en España.

⁴⁵ Vid. MASCAREÑAS PEREZ-IÑIGO, Juan; *"Fusiones y Adquisiciones de Empresas"*, Editorial Mc Graw Hill, Cuarta Edición, Madrid, 2005, pág. 1 y ss.

El artículo 38 de la Constitución Española consagra el principio de la libertad de empresa en los siguientes términos⁴⁶:

“Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”.

De esta norma se desprende que en el sistema económico español, que se ajusta al modelo de mercado, se garantiza a los ciudadanos el libre ejercicio empresarial. Esta libertad de iniciativa, en el orden económico, es objeto de protección toda vez que el Estado es el sujeto responsable del mantenimiento de ese orden económico y debe velar para que las libertades consagradas no se vean limitadas en su ejercicio o disfrute.

La norma citada representa el sustento conceptual sobre el cual se articula todo un sistema de instituciones y herramientas que buscan, precisamente, garantizar el pleno ejercicio de la libertad de empresa en una economía de mercado⁴⁷.

No obstante, en la práctica, el ejercicio de la libre iniciativa empresarial puede generar limitaciones al principio de libre competencia. Esta situación, como indicamos

⁴⁶Cfr. Constitución Española, artículo 38. Disponible en <http://www.map.es/documentacion/legislacion/constitucion.html>

⁴⁷ A este respecto, en el Preámbulo de la Ley de Defensa de la Competencia se consagra lo siguiente: “La existencia de una competencia efectiva entre las empresas constituye uno de los elementos definitorios de la economía de mercado, disciplina la actuación de las empresas y reasigna los recursos productivos en favor de los operadores o las técnicas más eficientes”. Cfr. Preámbulo, Ley 15/2007 de 3 de julio, publicada en el BOE núm. 159, de 4 de julio de 2007, págs. 28848-28872, disponible en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/115-2007.t4.html#a59

anteriormente, se puede presentar debido a la tendencia natural de los agentes de explotar su libre iniciativa económica hasta donde puedan obtener el máximo beneficio posible⁴⁸.

Frente a esta posibilidad, el Estado se encuentra legitimado para defender el orden económico y las reglas del mercado mediante un sistema jurídico, denominado Derecho de la Competencia⁴⁹, cuyas principales disposiciones -en el caso de España- se encuentran recogidas en la Ley de Defensa de la Competencia (LDC), Ley 15/2007, de 3 de julio⁵⁰. En esta norma se regulan, las conductas restrictivas de la competencia, el control de las concentraciones de empresas, las ayudas públicas, el esquema institucional de defensa de la competencia, aspectos de procedimiento y un régimen sancionador.

Así pues, teniendo en cuenta la necesaria regulación de la libertad de empresa, se puede concluir que el ejercicio de esta libertad no es de carácter absoluto, sino que su ejercicio se enmarca en un contexto de derechos y de deberes que se pueden ejercer y se deben respetar⁵¹. A este respecto, en el Preámbulo de la LDC, se afirma: “Dentro de las políticas

⁴⁸ Vid. PASTOR, Jaime Vicente; *ob cit*, pág. 264.

⁴⁹ En este sentido se expresan también COSCULLUELA MONTANER y LOPEZ BENITEZ: “...en puridad, el Derecho de la Competencia solo persigue que el mercado funcione correctamente y que se respeten por todos los agentes y operadores económicos las reglas de juego por las que dicho mercado se rige”. Cfr. COSCULLUELA MONTANER, Luis y LOPEZ BENITEZ, Mariano; “*Derecho Público Económico*”, Editorial Iustel, Madrid, 2007, pág. 247.

⁵⁰ Aunque igualmente resaltamos como elemento fundamental de este sistema jurídico el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, denominado Reglamento de Defensa de la Competencia. Por lo demás, la Ley de Defensa de la Competencia, derogó la anterior Ley -Ley 16/1989, de 17 de julio- que estuvo vigente durante más de 15 años y que fue objeto de numerosas reformas en sus aspectos sustanciales y de procedimiento.

⁵¹ Vid. ARIÑO ORTIZ, Gaspar. “*Principios de Derecho Público Económico*”, Editorial Comares, Fundación de Estudios de Regulación, Tercera Edición, Granada, 2004, pág. 258 y ss. En relación al concepto de libertad de empresa, resulta importante destacar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que ha dotado de contenido al concepto de libertad de empresa y, especialmente, ha aludido a los derechos y deberes que implica su ejercicio en

de oferta, la defensa de la competencia complementa a otras actuaciones de regulación de la actividad económica y es un instrumento de primer orden para promover la productividad de los factores y la competitividad general de la economía. Por ello, resulta preciso disponer de un sistema que, sin intervenir de forma innecesaria en la libre toma de decisiones empresariales, permita contar con los instrumentos adecuados para garantizar el buen funcionamiento de los procesos del mercado”⁵².

Ahora bien, la promulgación de la Ley 15/2007, vino motivada por la necesidad de incorporar en un solo texto las numerosas reformas de la ley anterior, bien por modificaciones en la legislación nacional⁵³, o bien por cambios en la normativa comunitaria. En este sentido, por ejemplo, durante el periodo de vigencia de la Ley 16/1989, se promulgó la Ley 1/2002, de 21 de febrero, sobre coordinación de las

relación con la defensa de la competencia. Para el mencionado Tribunal “...con relación a la libertad de empresa hay que recordar que el art. 38 del Texto constitucional dispone que los poderes públicos garantizan el ejercicio de la libre empresa de acuerdo con las exigencias de la economía general. Dicho mandato debe ser interpretado poniéndolo en relación, primero con los artículos 128 y 131 CE..., viniendo a implicar, fundamentalmente, el derecho a iniciar y sostener una actividad empresarial..., y a hacerlo en libre competencia..., lo que exige, entre otras cosas, la defensa de los empresarios contra prácticas, acuerdos, conductas o actuaciones atentatorias de esa libertad..”.Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional 96/2002, de 25 de abril, publicada BOE 22/05/2002. Disponible en <http://www.boe.es/boe/dias/2002/05/22/pdfs/T00105-00125.pdf>

⁵² Cfr. Preámbulo, Ley 15/2007, de 3 de julio, disponible en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/115-2007.t4.html#a59

⁵³ Reformas a la ley que, en su momento, recibieron críticas por su frecuencia y ausencia de orden. En este sentido, recordamos lo mencionado por ALONSO SOTO: “A partir de ese momento, hemos tenido ocasión de asistir al espectáculo de una especie de reforma por entregas, que se reitera con una periodicidad anual y que, además, acostumbra a utilizar la legislación de urgencia, hurtando de este modo la cuestión al debate parlamentario, sirvan de ejemplo a este respecto: el Real Decreto Ley 7/1996,...la Ley 66/1997,...el Real Decreto 295/1998,...el Real Decreto Ley 6/1999,...la Ley 52/1999,...el Real Decreto Ley 6/2000,...el Real Decreto 2/2001,...la Ley 9/2001”. Cfr. ALONSO SOTO, Ricardo; “Las Recientes Modificaciones de la Ley de Defensa de la Competencia. La Necesidad de la Reforma y las Principales Novedades”, en: *El Nuevo Derecho Comunitario y Español de la Competencia*, Editorial BOSCH, Barcelona, 2002, pág. 289 y ss.

competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia y, en la normativa comunitaria, se reformó el sistema comunitario de control de concentraciones empresariales, mediante el Reglamento (CEE) No. 139/2004⁵⁴.

Antes de abordar los aspectos más significativos de la reforma, hay que destacar que la derogada Ley 16/1989, tuvo una importancia determinante en el desarrollo del Derecho de la competencia en España. Esta ley fue el primer cuerpo normativo que se ocupó de regular íntegramente las prácticas restrictivas de la competencia, las concentraciones empresariales, las ayudas públicas y diseñó un esquema institucional de defensa de la competencia conformado por el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) y el Servicio de Defensa de la Competencia (SDC)⁵⁵. Organismos que en la actualidad han sido reemplazados por la Comisión Nacional de Competencia (CNC).

En efecto, la Ley 16/1989, fue promulgada, en primer lugar, por la necesidad de contar con un texto unificado que regulara de manera integral los aspectos más importantes de defensa de la competencia. Antes de esta Ley, el único antecedente normativo que se ocupaba de la defensa de la competencia era la Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia, que en su momento se promulgó pensando en la futura integración de España en la Comunidad Económica Europea, pero cuya aplicación no generó los efectos deseados por la intensa intervención estatal y el régimen económico proteccionista.

⁵⁴ Vid. Preámbulo, Ley 15/2007, de 3 de julio, disponible en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/115-2007.t4.html#a59.

⁵⁵ Sobre este esquema institucional resulta de interés tener presente el trabajo de ORTIZ BLANCO, Luis; “La Autoridad Española de Defensa de la Competencia: Autoridad Única o Dual?”, en: *Estudios de Derecho de la Competencia*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2005, pág. 349 y ss.

En segundo lugar, también fue un factor determinante en el proceso de promulgación de la Ley 16/1989, la necesidad de disponer en la legislación interna de un cuerpo normativo que fuese acorde con la normativa comunitaria del momento. En concreto, con los artículos 81 y 82 del TCE⁵⁶, que en aquella época ya contaban con un grado de desarrollo importante.

En tercer lugar, las transformaciones económicas que tuvieron lugar desde la promulgación de la Ley de represión de prácticas restrictivas de la competencia hasta la entrada de España en la Comunidad Económica Europea (CEE), el 1 de enero de 1986, hacían necesaria la formulación de una nueva ley que respondiese a la dinámica económica del momento y a las nuevas exigencias de la Comunidad⁵⁷.

Esta nueva dinámica económica era reconocida en la norma, al consagrar como su objetivo la garantía de la existencia de una competencia suficiente y su protección frente a todo ataque contrario al interés público. Esta defensa, según la Ley de 1989, era un mandato directo a los poderes públicos, derivado del ya comentado artículo 38 de la Constitución⁵⁸.

⁵⁶ Reiteramos, en la actualidad, artículos 101 y 102 del TFUE. Versión consolidada publicada en el DOUE C 83 de 30 de marzo de 2010. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/es/treaties/index.htm>

⁵⁷ Vid. ALONSO SOTO, Ricardo; “Derecho de la Competencia”, en: *Lecciones de Derecho Mercantil*, Editorial Thomson Civitas, Cuarta Edición, Madrid, 2006, pág. 235 y ss. En lo demás, debe subrayarse, que el Preámbulo de la Ley 16/1989, destaca estas razones como inspiradoras de la norma. En este sentido se dispone que “La Ley se asienta en los sólidos pilares de la experiencia. Por una parte se inspira en las normas comunitarias de política de competencia, que han desempeñado un papel transcendental en la creación y funcionamiento del mercado común. Y, por otra parte, nace con el propósito de superar los defectos que frustraron la plena aplicación de la Ley 110/1963, de 20 de julio, de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia, que ahora se deroga”. Cfr. Preámbulo, Ley 16/1989, de 17 de julio. Disponible en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Derogadas/r11-116-1989.html

⁵⁸ Vid. Preámbulo, Ley 16/1989, de 17 de julio. Disponible en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Derogadas/r11-116-1989.html

Ahora bien, la Ley 15/2007, incorpora importantes modificaciones de carácter sustancial, institucional y de procedimiento. En punto al ámbito institucional, la Ley 15/2007 crea la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) como órgano administrativo único de control de la competencia⁵⁹. Mediante la creación de esta institución, se pasa de un sistema dual –Servicio de Defensa de la Competencia (SDC) y Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC)-, a un sistema institucional único en el cual existe una división interna a efectos de reparto de las funciones de instrucción y enjuiciamiento.

La labor de instrucción está a cargo de la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de Competencia (DICNC). En términos generales, esta Dirección es la encargada de realizar las funciones que anteriormente desarrollaba el Servicio de Defensa de la Competencia.

En este sentido, según el artículo 20, apartado c) de la Ley 15/2007, la función principal de la Dirección de Investigación es la instrucción de expedientes, la investigación, el estudio y la preparación de informes. Estas funciones se concretan en la Ley, mediante un catálogo específico de funciones, entre las cuales destacan⁶⁰:

- Instruir y elevar la correspondiente propuesta de resolución en los expedientes sobre los que deba resolver el Consejo.

⁵⁹ Vid. Artículos 12 y 19, Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Disponible en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/115-2007.t4.html#a59

⁶⁰ Cfr. Artículo 20, apartado c) y artículo 35, apartado segundo, Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, disponible en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/115-2007.t4.html#a59

- Resolver las cuestiones incidentales que puedan suscitarse en el marco de la instrucción de expedientes.
- Vigilar la ejecución y cumplimiento de las obligaciones dispuestas en la Ley, así como las contenidas en resoluciones y acuerdos en materia de conductas restrictivas y de control de concentraciones.
- Aplicar los mecanismos de reenvío de expedientes entre la Comisión Nacional de la Competencia y la Comisión Europea en materia de concentraciones entre empresas.

Ahora bien, el órgano de decisión o resolución es el Consejo de la Comisión Nacional de Competencia (CCNC). Este órgano tiene asignadas funciones de carácter resolutivo, consultivas y de organización interna. En este sentido, cabe destacar las siguientes facultades específicas⁶¹:

- Resolver, a propuesta de la Dirección de Investigación sobre los tramites de conductas restrictivas de la competencia, control de concentraciones y aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE.
- Resolver los Procedimientos Sancionadores.
- Solicitar o acordar el envío de expedientes de control de concentraciones a la Unión Europea.

⁶¹ Cfr. Artículo 34, Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, disponible en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/115-2007.t4.html#a59

- Acordar el levantamiento de la obligación de suspender la ejecución de una concentración.
- Emitir dictamen, a propuesta de la Dirección de Investigación, sobre criterios de concesión de ayudas públicas, sobre proyectos de apertura de grandes establecimientos comerciales, sobre proyectos y proposiciones de normas que afecten a la competencia y sobre procedencia y cuantía de indemnizaciones, cuando así sea requerido por el órgano judicial competente.

Una importante disposición de la Ley 15/2007, es la posibilidad que tienen los jueces de lo mercantil para conocer y aplicar directamente la legislación de defensa de la competencia, en virtud de lo establecido por la disposición adicional primera de la Ley⁶².

En este sentido, los jueces mercantiles podrán conocer y tramitar asuntos en materia de prácticas restrictivas de la competencia y abusos de posición dominante. De la misma forma, gracias al Reglamento (CE) No. 1/2003, los jueces de lo mercantil están facultados para tramitar los asuntos relacionados con la aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE⁶³.

⁶² En esta disposición se establece que “De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 86 ter 2. letra f de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, los Juzgados de lo Mercantil conocerán de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil respecto de los procedimientos de aplicación de los artículos 1 y 2 de la presente Ley”. *Cfr.* Disposición adicional primera, Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia. Disponible en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/115-2007.t4.html#a59

⁶³ En efecto, el Reglamento (CE) 1/2003, en su artículo 6 señala que “Los órganos jurisdiccionales nacionales son competentes para aplicar los artículos 81 y 82 del Tratado”. *Cfr.* Artículo 6, Reglamento (CE) 1/2003, de 16 de Diciembre de 2002. Disponible en http://www.fomento.es/NR/rdonlyres/A86A0414-6E66-4D81-97CA-785318E39618/1660/rgl_1_05.pdf. Recuérdese la remisión que debe hacerse a las normas del TFUE, en vez de los artículos del TCE. En este caso, el lector debe remitirse a los artículos 101 y 102 del TFUE.

Una ulterior novedad que merece destacarse es la institucionalización de la figura de la “clemencia”, mediante la cual se exime o se reduce la multa para aquella empresa que, habiendo formado parte de un cartel, denuncie su existencia y aporte un material probatorio suficiente para el desarrollo de la investigación. Es decir, colabore con la Comisión Nacional de Competencia en su investigación.

Para la aplicación de esta figura, se requiere -entre otras cosas- que la empresa cese en su conducta ilegal, que colabore durante todo el procedimiento con la autoridad de competencia, que no haya destruido material probatorio, que no haya forzado a otras empresas a participar en la conducta objeto de investigación⁶⁴.

Ahora bien, respecto al control de las concentraciones empresariales, aunque trataremos el tema en el tercer capítulo de este trabajo, deseamos subrayar la modificación en el proceso de análisis y autorización de estas operaciones, cuya motivación principal fue la búsqueda de una mayor independencia en el análisis por la autoridad de competencia.

La Ley 15/2007 introduce cambios en el proceso de aprobación de las operaciones de concentración en la segunda fase del procedimiento. Es decir, en aquellas situaciones en las cuales el Consejo de la Comisión considere que existe la posibilidad de que, mediante la ejecución de la operación, se podría obstaculizar el mantenimiento de la competencia efectiva en todo o en parte del mercado nacional. Este análisis es de carácter estrictamente técnico, debiendo fundamentar su decisión en los criterios que la Ley expresamente consagra.

⁶⁴ Los beneficios de esta medida, también son aplicables a los representantes legales y/o directivos de las empresas que hayan colaborado con la CNC. Cfr. Artículos 65 y 66, Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, disponible en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/115-2007.t4.html#a59

En este caso, la decisión sobre la concentración será tomada por el Consejo de la Comisión Nacional de Competencia, pudiendo prohibir la operación, autorizarla sin condicionamientos o subordinar su autorización al cumplimiento de determinadas condiciones.

En el supuesto de que la operación sea prohibida o autorizada con condiciones, esta decisión debe ser comunicada al Ministro de Economía que tiene la potestad de decidir si la remite o no -para su examen- al Consejo de Ministros. En este último supuesto, el Consejo de Ministros puede confirmar la resolución dictada por el Consejo o autorizar la concentración con o sin condiciones y debe valorar la concentración atendiendo a criterios de interés general distintos de la defensa de la competencia, a los que haremos referencia en el tercer capítulo del presente trabajo.

Así pues, la intención de reforzar la independencia de la autoridad de competencia frente al poder político, ha recibido comentarios positivos por parte de la doctrina⁶⁵. No obstante, también se han escuchado voces que cuestionan si la falta de independencia era de tal entidad que ameritase el cambio institucional introducido por la nueva Ley, teniendo en cuenta la necesidad de mejorar otros aspectos en los que también se evidenciaban importantes debilidades, como la falta de recursos humanos y materiales.

⁶⁵ En este sentido se manifiesta SORIANO: “Existe asimismo un segundo aspecto capital en que el acierto de la Ley es casi pleno: La independencia de la Comisión. Si ya era bien conocida la fiera independencia del Tribunal de Defensa de la Competencia, ahora se prolonga a los que constituía el Servicio, hasta el momento dependiente directa y jerárquicamente del Ministerio. Pues bien, es innegable que respecto del Presidente y del Consejo de la Comisión Nacional de Competencia, el examen previo al que se les somete ante el Parlamento unido a un mandato único de seis años improrrogables, hacen que sean personas muy acreditadas...y que no tengan nada que temer ni que esperar del Poder político, ya que no existe el incentivo de la renovación. Asimismo también el Director de Investigación, con matices, tiene independencia, ya que no basta el placet o la hostilidad ministerial para garantizar su nombramiento y cese, sino que tendrá que contarse, en la forma en que veremos, con la propia CNC....La independencia, pues, ha salido reforzada y es muy de aplaudir y reconocer.”. *Vid.* SORIANO, José Eugenio; “*La Defensa de la Competencia en España*”, Editorial Iustel, Madrid, 2007, pág. 22.

En este sentido, PADROS REIG argumenta lo siguiente: “La Unidad orgánica de la futura CNC supone dotar de mayor coherencia al sistema de defensa de la competencia de acuerdo con el principio de eficacia ya enunciado en el Libro Blanco, pero no necesariamente supone un refuerzo de la independencia del conjunto....la necesidad de la reforma no parece que se funde en una deficiente garantía de la independencia en la aplicación de la normativa de defensa de la competencia. En cambio, más allá de lo estrictamente normativo, la debilidad del sistema español de defensa de la competencia puede encontrarse en la escasa dotación de medios humanos y materiales dedicados a una función tan trascendente como la defensa de la competencia”⁶⁶.

3. Motivaciones de las operaciones de concentración empresarial.

Desde un punto de vista general, los procesos de apertura de las economías nacionales hacia el mercado internacional han sido una constante en aquellos países con modelos económicos de mercado. Esta apertura se ha traducido en la eliminación de barreras de entrada a múltiples actividades, que anteriormente, o bien no se encontraban sometidas al régimen de competencia, o de estarlo, el número de competidores era limitado. De modo que la competencia carecía de dinámica y no había estímulos a la eficiencia⁶⁷.

⁶⁶ Cfr. PADROS REIG, Carlos; “*La Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia. Un Nuevo Marco Institucional de la Defensa de la Competencia en España*”. Documento de Trabajo, Serie Política de la Competencia, Numero 19/2006, Instituto Universitario de Estudios Europeos, CEU Ediciones, pág. 34, 2006. Disponible en http://www.idee.ceu.es/access.php?file=/secure/docs/publicaciones/DocumentosTrabajo/docu%2019_06%20%28final%29%20%28CPadr%F3s%29.pdf

⁶⁷ Como sostiene VELASCO SAN PEDRO, las barreras de entrada son “obstáculos al ingreso de nuevas empresas al mercado relevante y/o la expansión de las que ya actúan en el mismo”. En este sentido, para el autor, no solo deben considerarse como barreras de entrada aquellas que impiden el ingreso a nuevas empresas, sino también, aquellas barreras “retardantes”, es decir, las que dificultan o difieren en el tiempo la entrada de las empresas en el mercado, o las que frenan la expansión de las empresas que ya se encuentran en el mismo. En el mismo sentido, para el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), las barreras de entrada “constituyen todas aquellas dificultades y

La eliminación o reducción de barreras de entrada a muchas actividades hizo que llegaran más competidores a disputar cuotas de mercado anteriormente invariables y a forzar un cambio en la actitud empresarial dirigida hacia la búsqueda permanente de una mayor competitividad.

En la Unión Europea, la consagración del principio de libre circulación de bienes, personas y capitales⁶⁸, introdujo un mayor grado de competencia en los mercados nacionales, puesto que los agentes competidores locales vieron como, en teoría, agentes de otros países tendrían la posibilidad de entrar a disputar cuotas de mercado local.

A la vista de estas condiciones, las empresas deben procurar ser competitivas, no solo teniendo como referencia el mercado local en el que operan, sino que esta competitividad debe ser entendida desde una perspectiva internacional⁶⁹.

costes que desalientan o directamente imposibilitan la entrada de nuevos operadores en un determinado mercado”. Cfr. VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio; “Las Barreras de Entrada y su Relevancia para el Derecho de la Competencia”, en: *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, N°. 6, Editorial La Ley, Madrid, 2010, pág. 15 y 19; Informe del TDC C94/05, del 5 de enero de 2006, expediente de concentración *Gas Natural/Endesa*, pág. 168, disponible en www.cncompetencia.es.

⁶⁸ Principio que se consagra en el artículo 63 del TFUE en los siguientes términos: “1. En el marco de las disposiciones del presente capítulo, quedan prohibidas todas las restricciones a los movimientos de capitales entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países. 2. En el marco de las disposiciones del presente capítulo, quedan prohibidas cualesquiera restricciones sobre los pagos entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países”. Cfr. Artículo 63 del TFUE, versión consolidada publicada en el DOUE C 83 de 30 de marzo de 2010. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/es/treaties/index.htm>

⁶⁹ Como bien afirma CUERVO, “la globalización se traduce en la expansión del mercado natural de la empresa. Las empresas pueden tomar ventaja del nuevo mercado y alcanzar índices mayores de eficiencia, transfiriendo conocimiento y experiencia a través de las fronteras. Las empresas actuales necesitan convertirse en competitivas internacionalmente, si no en competidores internacionales, puesto que no pueden permanecer protegidas por más tiempo por barreras al comercio de los competidores extranjeros más eficientes”. Cfr. CUERVO GARCIA, Álvaro;

Así pues, es al interior de este contexto económico en el que se ejecutan las operaciones de concentración en la actualidad, de tal suerte, que se han convertido en una estrategia de desarrollo empresarial, especialmente en las actividades que gozan de las siguientes características⁷⁰:

- Sectores caracterizados por la escasa diferenciación de sus productos, *utilities* o empresas de red, que pueden presentar problemas de sobrecapacidad, como el sector eléctrico, la industria del gas, el sector petrolero, financiero, acero o automóvil.
- Sector de componentes o suministradores principales de una industria como consecuencia de las fusiones de los fabricantes (automóviles).
- Sectores donde los niveles de investigación exigen costes crecientes y capacidades especiales de investigación y desarrollo (I+D), como el caso de la industria farmacéutica.

“Fusiones y Adquisiciones: La Dimensión de las Empresas”, en: *Economía y Derecho ante el Siglo XXI*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2001, pág. 62. Este autor hace también una importante mención de la consolidación de los mercados, como fuerza que impulsa las operaciones de concentración, paralelamente al fenómeno de la globalización. Este argumento también se predica de las concentraciones en el sector eléctrico teniendo en cuenta los cambios que buscan consolidar el mercado común de la energía en Europa. Junto a la consolidación de los mercados y la globalización se encuentra también la nueva economía (aquella referida a las tecnologías de la información y de las telecomunicaciones, al comercio electrónico y internet) como fuerza impulsora de estas operaciones. *Vid.* CUERVO GARCIA, Álvaro; “Fusiones y Adquisiciones: La Dimensión de las Empresas”, en: *Economía y Derecho ante el Siglo XXI*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2001, pág. 58 y ss.

⁷⁰ *Ibid.* pág. 59 y ss.

- Sectores donde el riesgo de los cambios tecnológicos y las exigencias de las nuevas tecnologías y su incertidumbre pudieran hacer prudente hacerles frente compartiendo riesgos; como en el caso de la industria de las telecomunicaciones, la industria musical y cinematográfica.

En este orden de ideas, a continuación presentamos las principales motivaciones que llevan a las empresas a ejecutar una operación de concentración.

3.1. La creación de valor.

Independientemente de que la operación de concentración se lleve a cabo en el sector eléctrico, como en el sector automotriz o en la industria farmacéutica, la máxima creación de valor posible es una de las principales razones por la cual se lleva a cabo una operación de concentración⁷¹.

En este sentido, desde el punto de vista económico, la ejecución de una concentración empresarial será una decisión acertada, cuando “el valor de mercado de la empresa combinada, es mayor que el valor de las dos sociedades independientemente consideradas. Cuando esto ocurre, es decir, cuando el resultado es superior a la suma de las partes, se dice que se ha producido un efecto sinérgico.”⁷².

Ahora bien, en las operaciones de concentración, la creación de valor se puede perseguir, en primer lugar, mediante la mejora en la eficiencia de la empresa. Esta mejora de la

⁷¹ Vid. MASCAREÑAS PEREZ-IÑIGO, Juan; *ob cit*, pág. 2 y ss.

⁷² Cfr. MASCAREÑAS PEREZ-IÑIGO, Juan; *ob cit*, pág. 4.

eficiencia se alcanza gracias al aprovechamiento de economías de alcance⁷³ y también de economías de escala⁷⁴. Por ejemplo, tratándose del aprovechamiento de economías de escala, un año después de la fusión entre Chevron y Texaco, llevada a cabo en el año 2000, los costes de las dos empresas juntas se redujeron en 1.800 millones de dólares por año y se esperaba un ahorro adicional de 400 millones de dólares anuales. Parte de estos ahorros provenían de la eliminación de costes innecesarios como la supresión de dos direcciones financieras para pasar solamente a una dirección⁷⁵.

Del mismo modo, se puede crear valor como resultado de los procesos de reestructuración empresarial derivados de la concentración. Estos procesos de reestructuración pueden enfocarse en los negocios de la empresa, al buscar una reorientación en sus actividades empresariales, como así sucede en el sector eléctrico, cuando una empresa del sector quiere llevar a cabo una concentración con una empresa

⁷³ Como economía de alcance se entiende el “ahorro de costos que logra una empresa cuando transfiere algunas de las capacidades y competencias desarrolladas en uno de sus negocios, a otros de su propiedad”. Cfr. HITT, Michael A; IRELAND R. Duane; HOSKISSON, Robert E; *“Administración Estratégica”*, Quinta Edición, Cengage Learning Editores, Madrid, 2003, pág. 188. Ahora bien, por economías de escala se entiende el ahorro de costes derivados del incremento en el proceso de producción de una empresa. En la teoría de la competencia se sostiene que en algunos casos las economías de escala pueden llegar a constituir un obstáculo o una barrera de entrada, toda vez que la participación en determinada actividad económica a pequeña o mediana escala puede resultar demasiado costosa constituyéndose así en una barrera a la entrada de nuevos agentes competidores. Vid. WORLD BANK, OECD; *“A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy”*, The World Bank, OECD, United States, 1998, pag.108

⁷⁴ En la exposición de estas motivaciones, por su orden metodológico y suficiencia conceptual, nos apoyamos en el trabajo de CUERVO GARCIA, *ob cit.* No obstante, sobre este tema, también destacamos la utilidad de los trabajos de MASCAREÑAS PEREZ-IÑIGO, Juan; *ob cit.*, pág.1 y ss; BREALEY, Richard A; MYERS, Stewart C. y ALLEN, Franklin; *ob cit.*, pág. 961 y ss; ESTEVES GARCIA, Pablo; *ob cit.*, pag 18 y ss; MACE, Myles L y MONTGOMERY, George G; *“Fusiones y Adquisiciones”*, Editorial Oikos Tau, Barcelona, 1990, pág. 23 y ss.

⁷⁵ Vid. BREALEY, Richard A; MYERS, Stewart C. y ALLEN, Franklin; *ob cit.*, pág. 964.

de gas. De esta manera se integran los dos negocios (electricidad y gas) y los beneficios derivados de la diversificación de actividades y del aprovechamiento de economías de escala (y alcance) justifican la operación.

La reestructuración empresarial, como finalidad de la operación, también puede perseguir la reducción en la capacidad de un sector. De este modo, las concentraciones son un mecanismo para eliminar la capacidad productiva sobrante en una actividad económica determinada. Para la doctrina, las mayores oportunidades de mejorar la eficiencia aparecen en las industrias con demasiadas empresas y demasiada capacidad. En estos casos se producen oleadas de concentraciones en las que se disminuye la capacidad y se recortan empleos, liberando una parte del capital para ser reinvertido en otros sectores de la economía⁷⁶.

Ahora bien, también es posible la creación de valor a partir del crecimiento empresarial obtenido gracias a una concentración. En este caso, las operaciones se explican por la necesidad de acelerar la velocidad de entrada en nuevos mercados, de adquirir tecnología, nuevos recursos y capacidades. Desde esta perspectiva, las concentraciones también son un mecanismo idóneo para superar barreras de entrada y favorecer el crecimiento empresarial. Por ejemplo, como tendremos la oportunidad de identificar posteriormente, las concentraciones empresariales en el sector eléctrico colombiano han favorecido la adquisición de nuevos recursos y capacidades de las empresas participantes, en particular, ayudan a diversificar el *mix* de producción de las empresas y, por lo tanto, favorecen la posición competitiva de las empresas en el mercado mayorista.

⁷⁶ *Ibid.* pág. 967. BREALEY, MYERS y ALLEN hacen referencia, a propósito de esta situación, a la ola de fusiones y adquisiciones en el sector bancario de los Estados Unidos después de 1980 producto de la reducción de las restricciones legislativas y de la mejora de la tecnología y las comunicaciones. Un ejemplo de esta situación fueron el proceso de adquisiciones realizadas por NationsBank, Fleet Financial Group (Fleet Boston) y Bank of America - más de 12 operaciones- para culminar este proceso con la consolidación de un solo banco, Bank of America.

Es muy importante resaltar que, en la actualidad, el crecimiento empresarial responde a la intención de obtener una dimensión adecuada como reacción al crecimiento de los mercados. Esta ampliación es consecuencia de la globalización económica, de la creación de mercados comunes y de los beneficios mercantiles derivados de acuerdos de libre comercio⁷⁷. En el sector eléctrico, los procesos de liberalización de la industria han favorecido el crecimiento empresarial al introducir la competencia en determinadas actividades, como la producción y la comercialización de electricidad.

Ahora bien, la creación de valor también puede derivarse de una estrategia de crecimiento enfocada en la internacionalización. Mediante esta estrategia, las empresas tienen la posibilidad de adquirir recursos -no disponibles en el mercado local- a costos inferiores a los que supondría entrar en este mercado desde cero. Esta es una de las motivaciones más importantes en las operaciones transfronterizas de concentración llevadas a cabo en el sector eléctrico, debido a las grandes inversiones económicas necesarias para la prestación de actividades en tal sector y a la necesidad de superar barreras de entrada como, por ejemplo, aquellas de carácter legal. Por este motivo, es preferible planear una concentración con una empresa ya consolidada en el mercado local, que entrar como un nuevo agente competidor. Como tendremos la oportunidad de analizar, en Europa esta estrategia es frecuente gracias a los procesos de liberalización y al impulso, por las autoridades comunitarias, de un futuro mercado único de la energía.

En otros casos, la creación de valor también se alcanza mediante las concentraciones, cuando estas son producto de decisiones empresariales que consideran la operación como una oportunidad favorable de inversión. Un ejemplo de esta situación acontece cuando la empresa objeto de la operación, podría estar infravalorada por el mercado, de tal modo

⁷⁷ Como sucede en la Unión Europea, en la zona del Mercosur y con los países que han celebrado tratados de libre comercio con Estados Unidos tales como Canadá y México (NAFTA), Chile o Panamá.

que los directivos, confiando en sus habilidades de gestión, planean la operación, con las expectativas de dar un mayor valor a la empresa⁷⁸.

Asimismo, existen empresas que, después de haber cubierto sus costes (especialmente costes de administración, operación y mantenimiento), después de pagar impuestos, intereses de la deuda y distribuido sus utilidades, siguen disponiendo de excedentes de liquidez que no se pueden repartir vía dividendos y cuya inversión representa una seria dificultad para los directivos. En esta situación, es posible que la reinversión de estos flujos en la propia empresa no sea una estrategia atractiva financieramente, ya que estas reinversiones rendirían menos que el coste de oportunidad del capital. En estos casos, una de las posibilidades es el destino de estos recursos para financiar operaciones de concentración empresarial, siempre y cuando con ellas se esté creando valor para la empresa y suponga una opción viable, teniendo en cuenta la rentabilidad esperada y el riesgo de la operación.

Finalmente, una ulterior motivación es el mejoramiento de la posición de una empresa en su sector, traducida en un aumento de su poder de mercado que -en la práctica- se puede obtener, por ejemplo, mediante la adquisición de empresas dedicadas a la misma actividad o mediante la integración con proveedores o clientes⁷⁹. En el sector eléctrico, el

⁷⁸ Vid. MASCAREÑAS PEREZ-IÑIGO, Juan; *ob cit*, pág.14.

⁷⁹ Cuando se realizan operaciones de concentración, como la adquisición de un agente proveedor o de un cliente, en el interior de la misma cadena económica, se entiende que en este caso estamos frente a una integración vertical. En estas situaciones, las empresas tienen un mayor control y coordinación sobre servicios o productos de su misma actividad. En la actualidad, estas operaciones son menos frecuentes debido a la tendencia creciente de subcontratar determinados servicios por resultar más rentable que si se ejerciese un control directo sobre la prestación del servicio o la producción de un bien asociado a la misma actividad económica. En la década de los cincuenta y sesenta se pensaba que General Motors tenía una mayor ventaja sobre sus competidores, en materia de costes, debido a que producía directamente un mayor porcentaje de los componentes de los coches en sus propias factorías. En la década de los noventa, esta situación cambió y quienes pasaron a tener mayor ventaja en los costes de sus componentes fueron Ford y Chrysler debido a que contrataban la fabricación de estos componentes con proveedores externos

incremento del poder de mercado es un factor evaluado en todas las operaciones de concentración debido a las características especiales de la industria, que favorecen la formación de oligopolios y la tendencia a la colusión.

3.2. La maximización de la riqueza de los directivos.

La teoría económica también considera que, independientemente de la creación de valor, las operaciones de concentración empresarial pueden perseguir la obtención de beneficios particulares para los directivos de la empresa. En este supuesto, las motivaciones pueden ser las siguientes⁸⁰:

- La obtención de beneficios económicos especiales para los directivos de la empresa que ejecuta la operación. Estos beneficios se pueden traducir en ingresos extraordinarios, por ejemplo, en bonificaciones.
- La mejora de la eficiencia gracias a la óptima gestión de activos por parte de la nueva dirección. En este caso, el nuevo equipo directivo pone a disposición de la empresa, recursos y capacidades que antes de la operación no estaban disponibles.
- El cambio en la estructura de gobierno de las empresas. De este modo, mediante la operación de concentración, las empresas buscan superar algunas de las limitaciones en el gobierno de las mismas; como, por ejemplo, ataduras derivadas de influencias gubernamentales, de presiones sindicales o de rígidas estructuras administrativas.

independientes. *Vid.* BREALEY, Richard A; MYERS, Stewart C. y MARCUS, Alan J; “*Fundamentos de Finanzas Corporativas*”, Editorial Mc Graw Hill, Madrid, 2007, pág. 613.

⁸⁰ *Vid.* CUERVO GARCIA, *ob cit*, pág. 77 y ss.

3.3. La respuesta a procesos internos o a presiones externas.

En ocasiones, las operaciones de concentración son el resultado de decisiones tomadas por procesos internos de la organización o cambios en la estructura empresarial motivados por cambios administrativos, nuevas estrategias logísticas, etc.

Del mismo modo, estas operaciones pueden ser producto de reacciones empresariales a las presiones de los mercados de capitales, de los bancos de inversión o de otros grupos como las asociaciones empresariales⁸¹.

A este respecto es necesario resaltar que, en el caso de las concentraciones en el sector eléctrico, los elevados costes de estas operaciones hacen necesario el respaldo de la banca de inversión, que motivada por los beneficios económicos de estas operaciones, contribuyen activamente a su planificación y financiación. Este acompañamiento, sin llegar a constituir una presión, es un factor determinante que posibilita la ejecución de estas operaciones.

Por ejemplo, la concentración ENEL/ACCIONA/ENDESA, contó con la participación de diferentes bancos que apoyaron a ENEL y a ACCIONA en el diseño financiero de la operación. Así pues, para que ACCIONA pudiese participar en esta concentración, recibió de la banca préstamos por un valor de 7.000 millones de euros. De estos 7.000 millones de euros, el 32% fue otorgado por el Banco Santander. Banco que posteriormente, ante la perspectiva de que ACCIONA vendiese a ENEL su participación en ENDESA, negociaría con el grupo constructor la reestructuración de su deuda⁸².

⁸¹ Vid. CUERVO GARCIA, *ob cit*, pág. 80.

⁸² Vid. COTIZALIA; artículo "*Acciona se compromete a abandonar Endesa en marzo de 2010*", 4 de noviembre de 2008. Disponible en www.cotizalia.com. Asimismo, Vid. *infra*. Apartado 3.9 del segundo capítulo.

3.4. Consideraciones finales.

En un estudio realizado por la empresa de consultoría KPMG en 1999, se expusieron los resultados de una encuesta realizada a varias empresas sobre las principales motivaciones que orientaban los procesos de fusión o adquisición. Los resultados obtenidos fueron los siguientes⁸³:

- Acceder a nuevos mercados geográficos (35%).
- Maximizar el valor de los accionistas (20%).
- Aumentar o proteger la cuota de mercado (19%).
- Adquirir nuevos productos o servicios (8%).
- Obtener el control sobre una cadena de distribución (7%).
- Otros (11%).

Estos resultados contrastan con un estudio de similares características realizado en el año 2000 en España sobre los principales motivos que impulsaban a las empresas locales a llevar a cabo operaciones de concentración (fusiones y adquisiciones, en este caso). En este estudio, la búsqueda del liderazgo en el sector fue el motivo más valorado por los directivos encuestados a la hora de realizar este tipo de operaciones⁸⁴.

⁸³ Vid. MASCAREÑAS PEREZ-IÑIGO, Juan; *ob cit*, pág.162 y ss.

⁸⁴ *Ibid.* pág. 37 y ss.

En este orden de ideas, se debe resaltar que las operaciones de concentración responden a una compleja combinación de motivaciones de la más diversa índole, que varían de acuerdo a las circunstancias de tiempo, modo y lugar y que no siempre consiguen la creación de valor como resultado de la operación.

Consolidar la estructura de un sector económico con exceso de agentes, obtener beneficios derivados del aprovechamiento de economías de escala, obtener beneficios de procesos de integración vertical, la diversificación de riesgos, la valoración bursátil o la incursión en nuevos mercados, son todos motivos válidos para planear una concentración.

Ahora bien, como tendremos la oportunidad de identificar en el presente trabajo, las principales motivaciones a la hora de planificar una operación de concentración en el sector eléctrico son las siguientes: el crecimiento empresarial (en términos de cuota de mercado, poder de mercado, número de clientes, etc), la diversificación de servicios, el posicionamiento estratégico de las empresas (en especial en el ámbito europeo) y la posibilidad de penetrar en nuevos mercados con una importante posición competitiva.

No obstante, a la hora de ejecutar una concentración en este sector, es determinante tener presente las limitaciones de las normas de competencia y, en particular, el componente político que aun está asociado a este sector, tanto en el caso de operaciones locales o como en el supuesto de concentraciones transfronterizas.

En relación a la influencia política, algunos autores afirman que, en la actualidad, una motivación de las concentraciones empresariales puede ser la creación de empresas de gran dimensión, con posiciones de dominio consolidadas en sus mercados internos, protegidas (políticamente) de la competencia exterior y con una gran capacidad de irrumpir en mercados extranjeros, conocidas como “campeones nacionales”. Los procesos de concentración mediante los que se crean este tipo de empresas, son apoyados

por los Gobiernos, que respaldan que empresas nacionales compitan con fortaleza en mercados internacionales, a pesar del detrimento de las condiciones de competencia en su mercado interno. Sobre este tema haremos reiterada referencia a lo largo del presente trabajo⁸⁵.

4. Sector eléctrico y concentraciones empresariales.

4.1. El proceso de liberalización de servicios y el sector eléctrico.

En términos generales, en aquellos países donde se han llevado a cabo procesos de liberalización en el sector eléctrico, este servicio está organizado bajo un régimen de competencia en las actividades de producción y comercialización de electricidad. Las actividades de distribución y transporte no son actividades en competencia por tener características de monopolio natural⁸⁶ y, además, se han organizado mercados

⁸⁵ A este respecto WHISH, sostiene: “Las empresas de un país (o de una agrupación política como la Unión Europea), pueden ejecutar una concentración con la finalidad de convertirse en un “campeón nacional” (o un campeón europeo). Los Gobiernos pueden animar las concentraciones que crean grandes empresas domesticas, con mayor capacidad de competir en mercados internacionales, aunque los “campeones nacionales”, libres de la disciplina impuesta por la competencia en sus mercados domésticos, pueden carecer de las habilidades necesarias para tener éxito en el resto del mundo”. Cfr. WHISH, Richard; “*Competition Law*”, Editorial Oxford University Press, Oxford, 2009, pág. 803. Traducción propia. Sobre este tema *Vid. infra*. Apartado 3.8. del segundo capítulo; Apartado 4.4. del tercer capítulo

⁸⁶ La teoría económica define el monopolio natural en los siguientes términos: “...se dice que emerge un monopolio natural cuando la tecnología de producción, como por ejemplo costos fijos elevados, provoca que los costos totales en el largo plazo declinen al aumentar la producción. En tales industrias, dice tal teoría, un solo productor eventualmente será capaz de producir a un costo más bajo que cualquier otro par de productores, por lo tanto creándose un monopolio “natural”. El resultado serán precios más altos si más de un productor sirve a ese mercado. Más aún, se dice que la competencia causaría inconvenientes al consumidor dada la construcción de infraestructura redundante, por ejemplo, excavaciones en las calles para el tendido de líneas dobles de gas o agua potable”. Cfr. DILORENZO, Thomas J; “The Mith of Natural Monopoly”, en: *The Review of Austrian Economics*, Editorial Springer Netherlands, Vol. 9, Núm. 2, Amsterdam, 1996. Disponible en:

mayoristas, regidos por el juego de la oferta y la demanda, administrados por un operador independiente. Del mismo modo, todo sector eléctrico liberalizado, es regulado por una Comisión sectorial, cuya principal característica debe ser, en teoría, su independencia de cualquier agente del sector y del Gobierno.

Ahora bien, la apertura a la competencia del sector eléctrico es el resultado de una evolución en la cual (en unos países con mayor celeridad que en otros) se ha pasado de un modelo intervencionista del Estado a un esquema de liberalización de servicios, en el que el Estado no se reserva la titularidad de estas actividades, ni las gestiona de manera directa, sino que se limita a ser un garante de unas condiciones jurídicas que se deben respetar y a velar por su cumplimiento⁸⁷.

El primer periodo de esta evolución tiene lugar en Europa Occidental a partir del final de la segunda guerra mundial cuando se generaliza y se consolida una política económica intervencionista, que había tenido sus inicios después de la primera gran confrontación bélica de 1914.

De acuerdo con este criterio, el Estado se reserva la titularidad y asume la prestación directa de la mayoría de los sectores estratégicos de la industria (gas, carbón, electricidad,

http://mises.org/journals/rae/pdf/RAE9_2_3.pdf. En este sentido, no es económicamente eficiente la introducción de competencia en el transporte o en la distribución de electricidad construyendo paralelamente una línea de transporte o distribución junto a otra ya existente. En consecuencia, la prestación de estas actividades se limita a un solo agente en condición de monopolio.

⁸⁷La evolución de la industria eléctrica es un fenómeno particular ligado a un proceso evolutivo de mayor dimensión como es la concepción teórica de las funciones del Estado. En una posición intermedia encontramos la ruptura del concepto de servicio público para pasar al concepto actual de servicios económicos de interés general.

ferrocarriles, telecomunicaciones, etc.), debido a la importancia que representaban estas industrias para la reconstrucción de los países afectados por la guerra⁸⁸.

Este proceso de nacionalización llevó a la existencia de empresas públicas de gran dimensión⁸⁹ totalmente integradas verticalmente, que operaban siguiendo las instrucciones del Gobierno -manteniendo o no criterios de eficiencia- y que debían hacer frente a una intensa demanda.

Ahora bien, en los casos en que la prestación de la actividad no era llevada a cabo por una empresa pública, lo podía hacer una empresa privada bajo una concesión otorgada por el Estado, que no le entregaba la titularidad de la actividad sino “el privilegio de su ejercicio”⁹⁰.

⁸⁸ Después de la primera guerra mundial, el tenso ambiente de confrontación que aun se percibía en Europa, llevó, inicialmente, a que los Estados consideraran necesario el control directo de actividades como las telecomunicaciones y el sector energético por considerarlas militarmente estratégicas, junto a las ya controladas industria del acero y de la construcción naval. Esta situación favoreció un proceso de nacionalizaciones directas, establecimiento de monopolios, creación de empresas públicas, etc. que después de la segunda guerra mundial se generalizó con fundamento en la necesidad reconstruir los países e impulsar el desarrollo económico. *Vid.* ARIÑO, Gaspar, DE LA CUETARA, Juan Miguel y NORIEGA, Raquel; *“Nuevo Papel Del Estado en Sectores Regulados”*, Editorial Deusto, Barcelona, 2005, pág. 33 y ss. Véase también CAMERON, Peter; *“Competition in Energy Markets”*, Editorial Oxford University Press, Oxford, 2002, pág. 10 y ss, trabajo que nos sirve de apoyo en la construcción de este proceso.

⁸⁹ Es así como durante este periodo surgen las grandes compañías europeas públicas de gas y electricidad como Electricité de France (EDF) en 1946, Gaz de France (GDF) en 1949, ENDESA en 1942 y ENEL en Italia en 1962. En Gran Bretaña, el sector eléctrico se nacionaliza en 1947, después de un proceso que se había iniciado hacia 1926 con la creación de la Central Electricity Board (CEB) encargada de construir la red nacional de transporte de electricidad. *Vid.* HERNANDEZ, Juan Carlos; *“Regulación y Competencia en el Sector Eléctrico: Evolución, Regulación Actual y Perspectivas de Futuro”*, Editorial Thomson Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 27.

⁹⁰ ARIÑO ORTIZ, Gaspar; “Fallos y Logros de los Sistemas Regulatorios”, en: *Regulación, Desregulación, Liberalización y Competencia*, Editorial Marcial Pons, Fundación Rafael del Pino, Madrid, 2006, pág. 24. En torno al papel del Estado en este periodo, el autor destaca que el Estado calificaba estas actividades como servicios

Bajo este modelo, independientemente de si el servicio se prestaba por intermedio de una empresa pública o de un operador privado titular de una concesión, las empresas operaban en régimen de monopolio, protegidas de la competencia gracias a las fuertes barreras de entrada o a la simple prohibición expresa de la competencia y bajo los lineamientos de la política industrial dictada por el Estado⁹¹.

En materia energética, esta política, iba dirigida a asegurar, como objetivo principal, la garantía del suministro y la independencia energética, sin atender a factores como la eficiencia empresarial o un sistema técnico de remuneración de los agentes prestadores.

Hay que destacar que en el importante crecimiento económico que experimentaron los países europeos durante este periodo, jugó un papel determinante la industria energética gracias a este control por parte del Estado. El modelo vigente de la industria en aquel

públicos (así estuviesen lejos de serlo por no corresponder con las finalidades esenciales del Estado), reservándose su titularidad y su gestión quedando de esta manera “publicadas” termino también conocido en la doctrina como *publicatio*. Cfr. ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *ibid*, pág. 23. Sobre este proceso se puede consultar también la obra de SENDIN GARCIA, Miguel Ángel; “*Regulación y Servicios Públicos*”, Editorial Comares, Granada, 2003, pág. 56 y ss.

En España, la declaración como servicio público de los servicios de electricidad, gas y agua, se hace en 1924 mediante Real Decreto Ley de 12 de abril. De suerte que la administración quedaba facultada para intervenir libre y ampliamente en estos sectores desapareciendo así los títulos específicos que justificaban anteriormente su intervención. Vid. ARANA GARCIA, Estanislao, MORAL SORIANO, Leonor y TORRES LOPEZ, María Asunción; “La Convergencia del Mercado Interior de Electricidad y el Mercado Eléctrico Español”, en: *El Sector Eléctrico en España, Competencia y Servicio Público*, Editorial Comares, Granada, 2007, pág. 12.

⁹¹ La política de intervención, protección y aislamiento de las economías nacionales respondía a la idea de que el Estado era el señor de la economía, responsable de su dirección y de que esta podía ser gestionada de manera directa mediante el gasto publico o la política monetaria. Vid. DE LA CRUZ FERRER, Juan; “*Principios de Regulación Económica en la Unión Europea*”, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2001, pág. 58.

momento permitió el consumo masivo de recursos energéticos a precios cómodos para los consumidores (especialmente para grandes usuarios), ya que la fijación de estos era ajeno a un sistema competitivo de mercado⁹².

Posteriormente, transcurrida la década de los setenta, diversas circunstancias de orden político y económico, dan pie para la ruptura de este modelo que, como mencionamos anteriormente, tenía al Estado empresario como principal protagonista, especialmente en el campo de los denominados servicios públicos.

En primer lugar, la estrategia de crecimiento económico con fundamento en el gasto público deja de funcionar con los resultados obtenidos en años anteriores, debido a la incapacidad económica de los Gobiernos de seguir asumiendo protagónicamente el papel de motor de la economía. Igualmente, las rígidas limitaciones a la iniciativa privada traducidas en procedimientos engorrosos, complejos regímenes de autorizaciones administrativas, etc, desestimularon la actividad empresarial particular. De este modo, las tasas continuas de crecimiento económico bajaron de ritmo y el desempleo aparece como una consecuencia natural⁹³.

En segundo lugar, la crisis del petróleo de 1970 obligo a un necesario replanteamiento de la política energética de los países occidentales, importadores de petróleo y a su vez grandes consumidores, al ponerse de manifiesto su alta dependencia de los países productores⁹⁴.

⁹²Vid. CAMERON, Peter; *ob cit*, pág. 11.

⁹³ Vid. DE LA CRUZ FERRER, Juan; *ob cit*, pág. 59.

⁹⁴ La crisis del petróleo de la década de los 70 tuvo como orígenes la decisión de la Organización de Países Productores de Petróleo (OPEP) de limitar la producción y el envío de petróleo a Occidente, especialmente hacia Estados Unidos y Holanda, y, por ende, el incremento unilateral de los precios del petróleo por parte de esta organización.

La incertidumbre generada sobre los suministros de petróleo y el hecho de que, para la época, el petróleo era el segundo insumo más utilizado para la producción de electricidad (después del carbón), llevó a los países afectados a plantearse una necesaria diversificación de sus fuentes energéticas y a institucionalizar agencias o ministerios especializados en energía, que en el futuro se encargarían de elaborar planes de desarrollo sectoriales y ejecutarían las medidas adoptadas para contrarrestar la crisis⁹⁵.

La intervención de los Gobiernos en el sector energético para afrontar la crisis no tuvo los resultados esperados y, en ocasiones, se adoptaron medidas que resultaron ineficaces y con consecuencias problemáticas, como los problemas financieros derivados de los planes de expansión de la capacidad de producción de energía nuclear que fueron comunes en varios países como Estados Unidos y España⁹⁶.

Este entorno de crisis, sumado a los trabajos que académicos estadounidenses y británicos habían expuesto cuestionando el papel interventor del Estado en la

⁹⁵ *Vid.* CAMERON, Peter; *ob cit.*, pág. 12.

⁹⁶ En España, entre 1970 y 1980 se realizaron importantes inversiones destinadas a aumentar la capacidad de producción del sector eléctrico, especialmente en centrales de carbón y nucleares, como respuesta a las subidas en los precios del petróleo y con fundamento en unas estimaciones crecientes de la demanda que posteriormente resultaron ser excesivas, en un entorno económico de la época caracterizado por tasas de interés crecientes y una alta inflación. Esta situación se agrava en la mitad de la década de los 80 al haberse prolongado el tiempo de construcción de las centrales eléctricas, especialmente las nucleares. En este entorno, las empresas eléctricas españolas se vieron envueltas en una delicada crisis financiera a la cual el Gobierno debió hacer frente con medidas de índole tarifario y la declaración de moratoria en la construcción de algunas centrales nucleares. *Vid.* LOPEZ DE CASTRO GARCIA MORATO, Lucia; "Liberalización y Competencia en el Sector Eléctrico. Balance 1998-2003.", en: *Privatizaciones y Liberalizaciones en España: Balance y Resultados (1996-2003)*, Tomo II, Editorial Comares, Granada, 2004, pag.159 y ss.

Economía⁹⁷, fue el punto de partida para que autoridades, agentes del sector y organizaciones internacionales⁹⁸, se comenzaran a replantear puntualmente el papel del Gobierno en la industria eléctrica⁹⁹ y, por consiguiente, que se iniciara una discusión sobre las ventajas que para el Estado, empresas y usuarios representaría cambiar el modelo vigente a uno en donde se pudiese introducir competencia en aquellas actividades de la cadena donde fuese posible y se organizara el funcionamiento del sector bajo el modelo de mercado competitivo.

En este orden de ideas, en la teoría económico-jurídica, aparece un nuevo modelo de organización del servicio eléctrico, caracterizado por estar abierto a la competencia y en el que el Estado se alejaría de su papel de agente prestador para dar paso a la intervención de la iniciativa privada en las distintas actividades del sector. Las principales

⁹⁷ Se destacan los trabajos de Milton Friedman, Ronald Coase, George Stigler y Alferd Kahn, algunos de ellos pertenecientes a la Escuela Económica de Chicago y que convergían en la defensa del libre mercado. Respecto a los procesos de liberalización y el papel de la regulación, son punto de referencia los trabajos de autores como Roger Noll, Alan Stone, William Baumol, Paul Joskow, Stephen Breyer, entre otros.

⁹⁸ La influencia de las organizaciones internacionales en el proceso de liberalización de los servicios públicos y en la redefinición del papel estatal en la economía es innegable. Después de la segunda guerra mundial, organizaciones como las Naciones Unidas, la Organización Mundial de Comercio, el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial, la Agencia Internacional de la Energía, la Unión Europea, etc; propusieron y respaldaron procesos de liberalización económica que convergen, junto con otras circunstancias, en el proceso político, social y económico contemporáneo denominado "Globalización". Para una aproximación a las implicaciones de este complejo concepto Vid. STIGLITZ, Joseph; *"Los Felices 90"*, Editorial Punto de Lectura, Madrid, 2005, pág. 476 y ss.

⁹⁹ Que se caracterizaba por un esquema de planificación vinculante, explotación unificada y retribución con base a costes establecidos por el Gobierno. Vid. ARIÑO ORTIZ, Gaspar; *Principios de Derecho Publico.....*; ob cit, pág. 717 y ss.

características de este modelo, conocido como “regulación para la competencia”, son las siguientes¹⁰⁰:

- Separación de actividades en la industria eléctrica, de tal modo que se convierten en negocios independientes las actividades de producción de electricidad, transporte, distribución y comercialización.
- Libertad de entrada en aquellas actividades donde es posible la competencia, circunstancias que se traduce en un abandono del sistema de planificación central.
- Libertad de contratación y formación competitiva de precios.

¹⁰⁰ *Ibid.* pág. 716. Debemos destacar que el proceso de cambio en el modelo de organización y prestación de servicios como la electricidad, las telecomunicaciones, el gas, etc; llevó aparejada una intensa discusión doctrinal sobre la transformación o sustitución del concepto de servicio público -que tradicionalmente abarcaba todas estas actividades económicas- por el de servicios económicos de interés general. A pesar de que no entraremos en detalle en esta discusión, debemos resaltar que el TFUE, en sus artículos 14 y 106 (num.2), reconoce la importancia de los servicios económicos de interés general para el cumplimiento de los objetivos de la Unión y expresamente los somete al Derecho de la Competencia. Esta importancia también se destaca en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DOUE C 303 de 14 diciembre 2007), que en su artículo 36 reconoce el acceso a estos servicios como mecanismo para promover la cohesión social y territorial de la Unión. Para profundizar en el alcance de las obligaciones de servicio público propias de estos servicios y en su importancia para el logro de objetivos comunitarios como la consolidación del mercado común *Vid.* Artículos 14 y 106 del TFUE, versión consolidada publicada en el DOUE C 83 de 30 de marzo de 2010. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/es/treaties/index.htm>; Comunicación de la Comisión de 12 de mayo de 2004 (COM (2004) 374 final, no publicado en el DOUE; “*Libro Blanco sobre los servicios de interés general*”; Comunicación de la Comisión de 21 de mayo de 2003 (COM (2003) 270 final, - DOUE C 76 de 25 de marzo de 2004-); “*Libro Verde sobre los Servicios de Interés General*” y las Comunicaciones de la Comisión COM (1996) 443 de 11 de septiembre de 1996 (DOUE C 281 de 26 de septiembre de 1996) y COM (2000) 580 de 20 de septiembre de 2000 (DOUE C 17 de 19 de enero de 2001). Comunicaciones disponibles en <http://europa.eu/scadplus/leg/es/lvb/l23013.htm>.

- Libre acceso a las redes. Como ya hemos indicado, en las actividades de transporte y distribución se hace ineficiente la introducción de competencia por su condición de monopolio natural, pero se fijan unas obligaciones para el operador de la red que se traducen en permitir el acceso a la red a terceros, se penaliza la discriminación, se regulan las causas de negación de acceso, se eliminan los derechos exclusivos de los propietarios de la red, etc¹⁰¹.
- Creación de las comisiones de regulación como entidades independientes del Gobierno, encargadas de la regulación sectorial, del control de los operadores y, en algunos casos, con facultades sancionatorias.

Ahora bien, en el seno de la Unión Europea, es un punto de referencia el proceso de liberalización del sector eléctrico llevado a cabo en el Reino Unido, gracias -en buena medida- a la promulgación en 1989 de la “Electricity Act”. Mediante esta Ley se rompió el modelo de integración vertical de la industria eléctrica para pasar a un sistema de separación de las actividades de producción, transmisión, distribución y suministro. Igualmente, se definió un modelo en competencia para las actividades de producción y suministro de electricidad¹⁰².

¹⁰¹ Vid. DE LA CRUZ FERRER, Juan; *“La Liberalización de los Servicios Públicos y el Sector Eléctrico.”*; Editorial Marcial Pons, Madrid, 1999, pág. 369 y ss.

¹⁰² A pesar de la importancia de esta norma para el proceso de liberalización, también se deben tener en cuenta las reformas introducidas por la “Utilities Act” del año 2000 y por la “Energy Act” del año 2004. Vid. *“Electricity Regulation in 30 Jurisdiction Worldwide, 2006”*, Editorial Global Competition Review, Freshfields Bruckhaus Deringer, Londres, 2005, pág. 175 y ss. Disponible en <http://www.freshfields.com/publications/pdfs/2006/GTDTER2006.pdf>

En el caso de España, la liberalización del sector eléctrico se llevó a cabo mediante la Ley 54/1997 (Ley del Sector Eléctrico)¹⁰³, como resultado del proceso de incorporación de la Directiva Comunitaria 96/92/CE¹⁰⁴, que estableció las primeras medidas de liberalización del sector eléctrico para todos los países que, a la sazón, eran miembros de la Unión Europea. Posteriormente, esta Directiva fue derogada por la Directiva Comunitaria 2003/54/CE¹⁰⁵, que intensificó aun más el proceso de liberalización¹⁰⁶.

¹⁰³ Ley del 27 de Noviembre de 1997, publicada en el BOE núm. 285 de 28 de noviembre de 1997, págs. 35097 - 35126 y disponible en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/154-1997.html

¹⁰⁴ Directiva de 19 de diciembre de 1996, publicada en el DOUE L 027 de 30 de enero de 1997, págs. 20-29 y disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31996L0092:ES:HTML>. Esta norma estableció los principios y las reglas de primer orden, bajo las cuales debían operar los mercados eléctricos en los diferentes países de la Unión Europea. Cada país debió ajustar gradualmente su Ordenamiento a la Directiva Comunitaria, de tal modo que la liberalización se concibiese como un proceso paulatino que llevaría a la futura consolidación de un mercado interior de la electricidad. *Vid.* DE LA CRUZ FERRER, Juan; “El Mercado Interior de la Electricidad: Perspectiva Jurídica”, en: *Regulación Sectorial y Competencia*, Editorial Civitas, UNESA, Fundación Hidroeléctrica del Cantábrico, Madrid, 2002, pág. 28.

¹⁰⁵ La Directiva 2003/54/CE, de 26 de junio de 2003 (publicada en el DOUE L 176 de 15 de julio de 2003, pág. 37-56) se promulgó simultáneamente junto con otras disposiciones que pretendían avanzar en la consolidación del mercado interior de la energía y del gas en Europa como por ejemplo la Directiva 2003/55/CE, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural, el Reglamento (CE) No. 1228/2003, que regula las condiciones de acceso a la red para el comercio transfronterizo de electricidad y la Decisión 1229/2003/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, que establece un conjunto de orientaciones sobre la política comunitaria en el ámbito de las redes transeuropeas de la energía. Todas estas disposiciones fueron publicadas en el DOUE L 176 de 15 de julio de 2003.

¹⁰⁶ Para el Profesor DE LA CUETARA, en España se ejecutó el proceso de liberalización para “incorporar a los sectores estratégicos incentivos que obligaran a sus empresas a mejorar su productividad; para eliminar rigideces burocráticas, orientar la toma de decisiones hacia las necesidades de los usuarios y facilitar la innovación; y, por supuesto, para mejorar la competitividad del país en el contexto de la globalización de la economía mundial...”. *Cfr.* DE LA CUETARA MARTÍNEZ, Juan Miguel; “Funcionamiento del Mercado Ibérico en un Entorno Liberalizado”, en: *El Sector Eléctrico en España. Competencia y Servicio Público*. Editorial Comares, Granada, 2007, pág. 64.

Es necesario resaltar, que durante la elaboración de este trabajo, fue aprobado un tercer paquete liberalizador del sector energético europeo, que entrará en vigor el 1 de marzo de 2011 y que busca impulsar aun más el proceso de liberalización en los Estados miembros de la UE. La normativa que integra este tercer paquete de liberalización es la siguiente:

- Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009 , sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad¹⁰⁷.
- Directiva 2009/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural¹⁰⁸.
- Reglamento (CE) 713/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por el que se crea la Agencia de Cooperación de los Reguladores de la Energía¹⁰⁹.
- Reglamento (CE) 714/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, relativo a las condiciones de acceso a la red para el comercio transfronterizo de electricidad¹¹⁰.

¹⁰⁷ Publicada en el DOUE L 211 de 14 de agosto de 2009, pág. 55-93 y que deroga la Directiva 2003/54/CE. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/es/index.htm>

¹⁰⁸ Publicada en el DOUE L 211 de 14 de agosto de 2009, pág. 94-136 y que deroga la Directiva 2003/55/CE. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/es/index.htm>

¹⁰⁹ Publicado en el DOUE L 211 de 14 de agosto de 2009, pág. 1-14. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/es/index.htm>

¹¹⁰ Publicado en el DOUE L 211 de 14 de agosto de 2009, pág. 15-35 y que deroga el Reglamento (CE) 1228/2003. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/es/index.htm>

- Reglamento (CE) 715/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre las condiciones de acceso a las redes de transporte de gas natural¹¹¹.

Por su parte, en el ámbito Latinoamericano, tiene una importancia trascendental -como marco de referencia- el proceso de liberalización del sector eléctrico chileno llevado a cabo a partir de 1982, mediante el Decreto con fuerza de Ley No. 1/82 (D.O. 13 de Septiembre de 1982) que, igualmente, implantó la separación de actividades y el modelo de mercado competitivo en el servicio eléctrico¹¹².

De esta manera, cada país que adoptaba las primeras medidas para iniciar el proceso de liberalización del sector eléctrico, entraba en un proceso de ajuste en este sector,

¹¹¹ Publicado en el DOUE L 211 de 14 de agosto de 2009, págs. 36–54 y que deroga el Reglamento (CE) 1775/2005. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/es/index.htm>

¹¹² Argentina continuó con este proceso de liberalización mediante la Ley 23696 de agosto 17 de 1989 (BO de 23 de agosto de 1989), la Ley 24065 de 3 de enero de 1992 (BO de 16 de enero de 1992) y el Decreto 1398 de 6 de agosto de 1992 (BO de 11 de agosto de 1992). Perú reestructuró el sector eléctrico mediante la Ley 25844 de 6 de noviembre de 1992, conocida como Ley de Concesiones Eléctricas (DO de 19 de noviembre de 1992), mientras que Brasil realizó lo propio mediante la Ley 8987 de 13 de febrero de 1995, conocida como "Ley de Concesiones de Servicios Públicos" (DO de 14 de febrero de 1995) y mediante la Ley sectorial 9074 de 7 de julio de 1995 (DO de 8 de julio de 1995).

En el caso de Colombia, anticipamos que el proceso de liberalización de sector eléctrico se llevó a cabo mediante la promulgación de la Ley 142 de 11 de julio de 1994 (DO No. 41.433 de 11 de julio de 1994) y de la Ley 143 de 11 de julio de 1994 (DO No. 41.434, de 12 de julio de 1994), como resultado de los cambios introducidos en el modelo económico por la Constitución de 1991. En este sentido, la Ley 142/1994 fijó el marco general de los servicios públicos domiciliarios y la Ley 143/1994 estableció el nuevo modelo del sector eléctrico. Para un mayor conocimiento de este proceso de reforma ver el trabajo de URBIZTONDO, Santiago y ROJAS, Juan Manuel; *"La Reforma del Sector Eléctrico Colombiano: Breve Análisis y Crítica Constructiva"*, Documento de Trabajo No. 85, Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas, Buenos Aires, 2005. Disponible en <http://www.fiel.org/publicaciones/Documentos/DOC85.pdf>

conocido como periodo de transición, durante el cual se adoptaban medidas necesarias (generalmente de carácter transitorio y excepcionales) para hacer operativo plenamente el nuevo modelo¹¹³.

Por ejemplo, en España, el periodo de transición se caracterizó por la adopción de medidas como la eliminación gradual de subvenciones a consumidores o el reconocimiento de los costes de transición a la competencia (CTCs), que a pesar de ser disposiciones que conceptualmente reñían con el nuevo modelo adoptado, fueron consideradas necesarias para el adecuado funcionamiento del nuevo marco regulatorio.

En Colombia, una medida característica de periodos de transición, es el sistema de subsidios en la tarifa, aspecto que por razones de solidaridad y redistribución, establecidos en la Constitución, aun continúa vigente¹¹⁴.

4.2. Concentraciones empresariales y reestructuración de la industria energética.

Los procesos de liberalización del sector eléctrico europeo, sumado a las medidas que han fomentado la creación de un mercado interior de la energía, han traído como consecuencia un proceso paralelo de reestructuración empresarial en el sector, que se ha venido intensificando en los últimos años.

En este sentido, las operaciones de concentración han sido la herramienta idónea para llevar a cabo la reestructuración del mapa energético europeo. Esta reestructuración ha estado motivada por factores puntuales como la tendencia a integrar negocios como la

¹¹³ Vid. LOPEZ DE CASTRO GARCIA MORATO, Lucia y ARIÑO, Gaspar; *"Derecho de la Competencia en Sectores Regulados"*, Editorial Comares, Granada, 2001, pág. 188 y DE QUINTO ROMERO, Javier y otros; *"Costes de Transición a la Competencia"*, Working Paper No. 31, Madrid, 1999, pág. 25 y ss. Trabajo disponible en <http://www.arinoyasociados.com/libros/WPweb/WP31.pdf>

¹¹⁴ Vid. *infra*. Apartado 6.1.2. del cuarto capítulo.

electricidad y el gas (*multiutilities*¹¹⁵), el interés de las empresas europeas de alcanzar una mayor presencia internacional debido a las perspectivas que despierta un eventual mercado paneuropeo de la energía y la necesidad de asegurar fuentes confiables de aprovisionamiento¹¹⁶.

En nuestra opinión, como consecuencia de las concentraciones ejecutadas en el sector, es posible un escenario futuro en el que se consoliden grandes empresas prestadoras de los servicios de electricidad y gas, con amplia presencia en diferentes mercados regionales y con sólidas posiciones de dominio en los mercados donde compiten, en particular en sus

¹¹⁵ El entorno de aparición de estas empresas, sus principales características y los riesgos que entrañan para la competencia, son expuestos por AROCENA y CASTRO en los siguientes términos: “Las innovaciones tecnológicas y de producto en las industrias de red están propiciando una interrelación creciente entre diversas actividades de diferentes industrias. Esto conlleva la aparición en el corto y medio plazo de diversos tipos de empresas multiservicios (*multiutilities*). Por ejemplo, creación de empresas que comercializan conjuntamente gas y electricidad al consumidor final. O compañías propietarias de redes que actúan en un segmento regulado (distribución de electricidad) y que diversifican sus actividades en otras actividades competitivas de otros sectores regulados (telecomunicaciones). O de forma más general, fusiones o alianzas estratégicas entre empresas petroleras, gasistas, eléctricas, de suministro de agua y telecomunicaciones con distintas combinaciones de actividades reguladas y desreguladas. La liberalización de todos estos sectores proporciona a las empresas nuevas oportunidades para explotar las sinergias y desarrollar sus competencias distintivas en diferentes negocios. Las empresas multiservicios pueden lograr ganancias de eficiencia beneficiosas para el consumidor en términos de menores precios y/o mejora en los servicios. Pero al mismo tiempo estas empresas dificultan el acceso a la información acerca de la asignación de costes entre actividades de distintos negocios y actividades y la fijación de precios de transferencia, poniendo en peligro la competencia en los mercados y la consistencia de las decisiones entre reguladores de distintas industrias”. Cfr. AROCENA GARRO, Pablo y CASTRO RODRÍGUEZ, Fidel; “La Liberalización de Sectores Regulados”, en: *Boletín Económico de ICE*, No. 2640, Enero, Editor Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, Madrid, 2000, pág. 30.

¹¹⁶ Vid. CAMERON, Peter, *ob cit*, pág. 323 y ss. Igualmente ARIÑO, Gaspar y LOPEZ DE CASTRO GARCIA MORATO, Lucia; *Derecho de la Competencia en...*, *ob cit*, pág. 190.

mercados locales, circunstancia que se explica -en parte- por los altos índices de concentración de la oferta¹¹⁷, característica propia de la industria energética.

En efecto, como tendremos la oportunidad de identificar, las concentraciones de empresas en el sector energético -bien sean nacionales o transfronterizas- pueden generar importantes efectos anticompetitivos como la expulsión de otros competidores o la práctica de subsidios cruzados. Estos efectos se derivan, en algunos casos, del aumento del poder de mercado de la empresa resultante, aspecto crítico en el que se enfoca el control de concentraciones.

Ahora bien, en el análisis de la reestructuración de la industria energética europea debe tenerse en cuenta un factor adicional determinante: la intervención política. Esta intervención se puede evidenciar en el respaldo a la formación de empresas tipo “campeones nacionales” o cuando está involucrada en la concentración una empresa extranjera con presencia en el mercado europeo y que, desde el punto de vista regional, es competidora de las principales empresas locales. En estos casos la actitud de los Gobiernos es de carácter reservado e, incluso, podría calificarse de restrictiva.

Esta circunstancia obedece a que el control de porciones significativas del mercado energético local por parte de empresas extranjeras, representaría la necesidad de confiar a ellas aspectos fundamentales como la calidad del suministro energético, su confiabilidad, la continuidad, etc; razones todas ligadas a la protección del interés general o a la seguridad pública, criterios cuya defensa es un argumento frecuentemente utilizado para

¹¹⁷ Vid. ARIÑO, Gaspar y LOPEZ DE CASTRO GARCIA MORATO, Lucia; *Derecho de la Competencia en....*, ob cit, pág. 204 y ss. De acuerdo con este autor, otras características propias del sector energético son la tendencia a mantener una estructura de oligopolio, la complementariedad de los negocios de electricidad y gas, la estandarización del producto y la estructura de monopolio natural en ciertas fases de la actividad.

justificar la intervención política en el trámite de control de concentraciones¹¹⁸. Esta actitud, contrasta con las pretensiones de las autoridades comunitarias, que buscan el favorecimiento de la libre circulación de capitales y la libertad de establecimiento.

A pesar de esta problemática, el control de concentraciones en el sector energético experimenta un avanzado grado de desarrollo en Europa y, en consecuencia, constituye uno de los mejores ejemplos para regiones -como Sudamérica- que, aprovechando la liberalización de sus mercados eléctricos, pretenden avanzar en el desarrollo de planes de integración energética.

¹¹⁸ Una situación de esta naturaleza, es entendida por los Gobiernos como una pérdida de su “soberanía económica” (termino acertadamente utilizado por TAPIA HERMIDA), que en muchos casos no están dispuestos a ceder; en especial, cuando las empresas extranjeras involucradas en la operación están participadas por capital público, como en el caso de Electricité de France (EDF), empresa en la cual el Estado Francés controla el 85% de su participación accionaria. Asimismo, también constituye un argumento frecuente de oposición a estas operaciones, la falta de reciprocidad de otros países respecto a la entrada de operadores extranjeros en sus mercados locales. *Vid.* TAPIA HERMIDA, Alberto J; “*Fusiones y OPAS Transfronterizas*”, Editorial Thomson Aranzadi, Navarra, 2007, pág. 28.

CAPITULO II

CONCENTRACIONES EMPRESARIALES EN EL SECTOR ELECTRICO EUROPEO

1. Evolución del régimen comunitario de control de concentraciones.

1.1. La Aplicación del Tratado CECA a las concentraciones y la ausencia de regulación en el Tratado de Roma.

Como se había mencionado en el primer capítulo, el TCE de 1957 no consagró ninguna disposición de carácter específico al control de las operaciones de concentración empresarial, debido a la intención política de promover el crecimiento y competitividad de las empresas europeas, en un contexto histórico marcado por el proceso de recuperación de las economías locales después de la segunda guerra mundial.

Este impulso a la competitividad de la industria europea respondía a la necesidad de hacer frente al intenso desarrollo de la industria japonesa y norteamericana. De este modo, en materia de control de concentraciones, no se otorgaron facultades de intervención a la Comisión, en aras de que cada país tuviese libertad para impulsar su desarrollo industrial sin tenerse que preocupar por restricciones provenientes del Derecho Comunitario¹¹⁹.

¹¹⁹ *Vid.* HERRERO SUAREZ, Carmen; “Control de las Concentraciones de Empresas”; en: *Derecho Europeo de la Competencia: Antitrust e Intervenciones Públicas*, Editorial Lex Nova, Madrid, 2005, pág. 438. Como bien señala la autora, “se consideraba que el crecimiento empresarial externo, actuado mediante el recurso a operaciones de concentración entre empresas pertenecientes a los Estados miembros, permitiría la consecución de las ventajas ligadas a las economías de escala, facilitaría el proceso de integración europea y reforzaría la posición de la industria

No obstante, el vacío legal existente en el TCE, la situación era distinta en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA)¹²⁰, ya que este se ocupaba expresamente de regular el control de las concentraciones empresariales, pero limitando este control a las operaciones llevadas a cabo en la industria del carbón y del acero.

Efectivamente, el artículo 66 del Tratado CECA otorgaba a la Comisión la facultad de evaluar, a priori, las concentraciones llevadas a cabo por empresas carboneras o siderúrgicas. En su examen, la Comisión verificaba que la operación “no diese a las empresas partícipes el poder de determinar los precios, controlar o restringir la producción o distribución u obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado, ni de eludir las reglas de competencia del Tratado, estableciendo de modo artificial una posición de privilegio que implique una ventaja sustancial en el acceso a los abastecimientos o a los mercados”¹²¹.

La justificación de este control apuntaba a la intención de evitar la concentración excesiva en estas industrias (la consolidación de cárteles), las cuales se caracterizaban por

europea en el mercado global”. Cfr. HERRERO SUAREZ, Carmen; “*Los Contratos Vinculados (Tying Agreements) en el Derecho de la Competencia*”, Editorial La Ley, Madrid, 2006, pág. 92.

¹²⁰ Tratado firmado en 1951 mediante el cual se acordó organizar bajo un mercado común la producción de acero y carbón de Francia y Alemania. En él también participaron Italia, Bélgica, Holanda y Luxemburgo. La supervisión del funcionamiento de este mercado se encargó a una autoridad común que velaba por el cumplimiento de las normas de competencia aplicables y por la transparencia de los precios. Tratado disponible en <http://eur-lex.europa.eu/en/treaties/index.htm>

¹²¹ Cfr. ALONSO SOTO, Ricardo; “La Aplicación del Artículo del Tratado 85 CEE a las Concentraciones de Empresas”, en: *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 15, No. 3, Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1988, Madrid, pág. 776.

operar bajo una estructura de oligopolio. Del mismo modo, se pretendía mantener un control sobre el desarrollo de la industria con fines militares, especialmente en el caso de Alemania¹²².

La inexistencia de control, a la hora de organizar y ejecutar concentraciones, fue una libertad aprovechada intensamente por la industria europea. De suerte, que esas operaciones se convirtieron en una importante estrategia de crecimiento empresarial que, efectivamente, contribuyó al fortalecimiento de las economías locales.

No obstante, la formación de empresas de grandes dimensiones como consecuencia de operaciones de concentración y el aumento generalizado de estas operaciones, llevó a la Comisión Europea a plantearse interrogantes, acerca de las consecuencias que las concentraciones tendrían en la libertad de elección de los consumidores y sus efectos sobre empresas competidoras de mediana y pequeña dimensión.

1.2. La aplicación de los artículos 81 y 82 TCE a las operaciones de concentración¹²³.

En un Memorándum elaborado por la Comisión en 1965¹²⁴, se ponía de manifiesto el apoyo de este organismo a las operaciones de concentración, que para aquel entonces se

¹²² Vid. DOMINGUEZ PEREZ, Eva; “El Control de las Concentraciones”, en: *Derecho de la Competencia y Propiedad Industrial en la Unión Europea*, Editorial Thomson Aranzadi, Navarra, 2007, pág. 146.

¹²³ Reiteramos que, en la actualidad, los artículos 81 y 82 son los artículos 101 y 102 del TFUE. Cuando en el presente capítulo hagamos referencia a estos dos artículos, el lector debe remitirse a los artículos indicados del TFUE. Vid. Artículos 101 y 102 del TFUE, versión consolidada publicada en el DOUE C 83 de 30 de marzo de 2010. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/es/treaties/index.htm>

¹²⁴ Memorándum denominado “El Problema de la Concentración en el Mercado Común” de 1 de diciembre de 1965, elaborado con fundamento en un estudio encargado a expertos académicos en la materia.

realizaban con mayor frecuencia, pero también se resaltaba la necesidad de establecer mecanismos de control sobre este tipo de operaciones, planteando la posibilidad de utilizar los artículos 81 y 82 del TCE¹²⁵ (especialmente este último), como medio de control de las concentraciones, en ausencia de una regulación puntual sobre la materia.

De manera específica, para la Comisión y para los expertos consultados por aquella, la aplicación del artículo 82 del TCE (102 TFUE) a las operaciones de concentración, era un recurso viable siempre y cuando, a partir de una posición de dominio, se llegase a un comportamiento abusivo.

¹²⁵ El artículo 82 del TCE (artículo 102 del TFUE) dispone: “Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo. Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en: a) imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas; b) limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores; c) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva; d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos”.

Como se puede apreciar, este artículo no define expresamente el concepto de posición de dominio, sino que ha sido la jurisprudencia la que ha dotado de contenido este precepto. En este sentido, destacamos la definición que realiza el TJCE en su sentencia “*United Brands*” en la que considera como posición de dominio “La situación de poder económico que ostenta una empresa que le da la facultad de obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de referencia, proporcionándole la posibilidad de comportamientos en medida apreciable independientes respecto de sus competidores, sus clientes y, en definitiva, los consumidores” (STJCE de 14 de julio de 1978, *United Brands Company* y *United Brands Continentaal BV / Comission*, asunto 27/76, recopilación de jurisprudencia de 1978, pág. 207). En sentido similar se pronunció posteriormente el TJCE en la sentencia de 13 de febrero de 1979, asunto 85/79, *Hoffman-La Roche/Comission*, recopilación de jurisprudencia de 1979, pág. 461. Jurisprudencia disponible en <http://eur-lex.europa.eu/es/index.htm>

Este comportamiento abusivo debía ser entendido como cualquier comportamiento contrario a los objetivos del TCE¹²⁶, en particular, cuando se trataba de concentraciones agresivas, en las que las empresas implicadas eliminaban la voluntad de sus competidoras, y también en el supuesto de operaciones en las que mediara la intención efectiva de abusar de una posición de dominio, o en el caso de concentraciones que eliminasen totalmente la competencia¹²⁷.

La posibilidad de aplicar el artículo 82 TCE, como instrumento de control de las concentraciones, era un criterio no compartido de manera unánime. Quienes se oponían a esta interpretación, argumentaban que el vacío del TCE, en materia de control de concentraciones, debía entenderse como una ausencia expresa de la voluntad del legislador para fijar un control específico sobre estas operaciones y que, como tal, la Comisión debía orientarse por este silencio absteniéndose de aplicar extensivamente el art. 82 TCE a las concentraciones.

De la misma manera, los críticos manifestaban que el artículo 82 TCE solo prohibía determinadas conductas de empresas con posición dominante en el mercado y que tales conductas no se podían asimilar a una operación de concentración. Del mismo modo argüían que la norma no castigaba *per se* el hecho de tener una posición dominante y que

¹²⁶En particular, al objetivo fijado por el artículo 3 g del TCE (derogado por el TFUE, pero sustituido -en su mayoría- por los artículos 3, 4, 5 y 6 del TFUE), en el que se establecía que la acción de la Comunidad irá dirigida a establecer un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado interior. Para la Comisión, este era uno de los principales objetivos a defender mediante el control de las concentraciones empresariales. *Vid.* Artículo 3 g, TCE, disponible en http://constitucion.rediris.es/legis/1957/tr1957-03-25_tratado_constitutivo/tr1957-03-25_tratado_constitutivo.html y artículos 3, 4, 5 y 6 del TFUE, versión consolidada publicada en el DOUE C 83 de 30 de marzo de 2010. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/es/treaties/index.htm>

¹²⁷ *Vid.* DOMINGUEZ GARCIA, Manuel Antonio; “La Eventual Aplicación del los arts. 85 y 86 TCEE a las Concentraciones de Empresas como Cuestión Abierta”, en: *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 14, No. 2, Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1987, pág. 376.

el artículo 3, letra g, del TCE era una norma en blanco acorde con los instrumentos de defensa de la competencia establecidos en el TCE, como lo eran los artículos 81 y 82, los cuales, no podían servir de herramienta específica para el control de concentraciones¹²⁸.

A pesar de este debate, la Comisión tuvo la oportunidad de aplicar su criterio en el asunto *Continental Can Company Inc. y Europemballage*¹²⁹. En este caso, la Comisión defendió la tesis de que la adquisición, por parte de una empresa con posición dominante en el mercado, de una participación mayoritaria en una empresa competidora, constituía

¹²⁸ Vid. CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZALEZ, Javier; *“Las Concentraciones de Empresas”*, Editorial Colex, Madrid, 2006, pág. 54. La ausencia de acuerdo en la doctrina sobre el criterio de la Comisión, se acentuaba por el carácter *ex post* del control de concentraciones (teniendo en cuenta las dificultades en materia de restablecimiento de la situación a un estado anterior cuando la operación ya se ha ejecutado) y por el hecho de que este control se limitaba a operaciones llevadas a cabo por empresas que gozaban de una posición de dominio en el mercado. Vid. PACE, Lorenzo Federico; *“Derecho Europeo de la Competencia: Prohibiciones Antitrust, Control de las Concentraciones y Procedimientos de Aplicación”*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2007, pág. 398.

¹²⁹ En este asunto, la sociedad estadounidense Continental Can, dedicada a la fabricación de embalajes metálicos, adquirió en 1970, el 80% del capital de la sociedad holandesa Thomassen et Drijver Verblifa –TDV– (uno de sus principales competidores), a través de una sociedad intermediaria, de la cual era titular de todas sus acciones (Holding Europemballage), aumentando así hasta un 90% su participación en TDV. Previamente, Continental Can ya había adquirido una participación del 86% en la sociedad alemana Smalbach Lubeca Werke AG, competidora también en este mercado. La Comisión, al analizar la operación de Continental Can sobre TDV, estimó que reforzar una posición de dominio mediante la concentración con una empresa competidora, eliminándose así la competencia directa o potencial en buena parte del mercado común, era incompatible con el artículo 82 TCE, constituía un abuso de su posición dominante, alteraba irreversiblemente la estructura de la oferta y defendió la aplicación del art. 82 TCE como un mecanismo de defensa de las finalidades dispuestas por los arts. 2 y 3 del TCE. Vid. Decisión de la Comisión de 9 de Diciembre de 1971, *Continental Can Company*, publicada en el DOUE L 7 de 8 de enero 1972. Disponible en http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm?clear=1&policy_area_id=2

un abuso de su posición dominante. Tesis que fue respaldada posteriormente por el Tribunal de Justicia¹³⁰.

En su sentencia, el Tribunal argumentó que los artículos 81 y el 82 TCE, tenían el mismo objetivo: el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado común. Añadió que los supuestos sancionados en el artículo 81 TCE, por alterar la competencia, no podían considerarse lícitos cuando se materializaban como consecuencia de una concentración en la cual estaba involucrada una empresa que gozaba de una posición de dominio en el mercado; y que cualquier medida de carácter estructural en las empresas podía incidir en las condiciones del mercado, al aumentar su tamaño y poder económico.

En suma, producto de la tesis defendida por la Comisión y respaldada por el TJCE, una concentración empresarial podía constituir un abuso de una posición de dominio, siempre y cuando una de las empresas involucradas en la operación gozara de una posición dominante en el mercado de referencia y, gracias a la operación, reforzara de manera abusiva esta posición. Para el TJCE, bajo estas circunstancias, la competencia se podría ver alterada, cuando a raíz de la operación, solamente subsistieran en el mercado empresas competidoras cuyo comportamiento dependiese de la empresa dominante.

Cinco meses después de la Decisión Continental Can, la Comisión presentó la primera Propuesta de Reglamento sobre control de concentraciones¹³¹, motivada por el respaldo del TJCE, pero sin que fuese posible obtener su aprobación por los Estados miembros.

¹³⁰ Vid. STJCE de 21 de febrero de 1973, *Europemballage Corporation y Continental Can Company/Commission* asunto 6/72, recopilación de jurisprudencia de 1973, pág. 215. En esta sentencia el Tribunal anuló la decisión de la Comisión puesto que no estaba lo suficientemente motivada, a pesar de haber apoyado su planteamiento en cuanto a la aplicación del art. 82 TCE a las concentraciones. Jurisprudencia disponible en <http://eur-lex.europa.eu/es/index.htm>

¹³¹ Propuesta publicada en el DOUE C 92/1 de 1973. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/JOIndex.do?ihmlang=es>

Entre las objeciones que se presentaron a esta Propuesta de Reglamento cabe citar, en primer lugar, la falta de acuerdo en el sistema de evaluación de estas operaciones. La discusión se centraba en si era necesario adoptar un modelo en el cual se evaluarían las concentraciones con fundamento exclusivo en un test de competencia o si también debían tenerse en cuenta criterios de política económica en el examen de estas operaciones¹³².

En segundo lugar, para los países miembros, las concentraciones eran una herramienta útil para facilitar la reestructuración empresarial, para la creación de “campeones nacionales” o “campeones europeos” y, en consecuencia, para contribuir positivamente en la política industrial de cada país. Motivos por los cuales cada nación debía mantener el control de estas operaciones.

El rechazo a la adopción de un Reglamento Comunitario en materia de control de concentraciones se debió, fundamentalmente, a la idea de que el control de estas operaciones debía estar bajo el dominio de la política interna de cada país y no bajo los criterios de una autoridad común, como lo era la Comisión, por las repercusiones que estas operaciones tenían en la dinámica económica e industrial de los países miembros¹³³.

¹³² Vid. CHALMERS, Damian; HADJEMMANUIL, Christos; MONTI, Giorgio y TOMKINS, Adam; “*European Union Law*”, Editorial Cambridge University Press, Nueva York, 2006, pág. 1070.

¹³³ Esta actitud era el reflejo de una posición marcadamente intervencionista de los gobiernos, especialmente durante la década de los 70, para quienes el desarrollo de sus economías locales primaba como interés sobre aquellas medidas provenientes de las autoridades comunitarias, destinadas a impulsar el desarrollo de un mercado común en Europa. Esta actitud cambió a partir de la segunda mitad de la década de los 80, cuando las autoridades nacionales se dieron cuenta de las ventajas que para el desarrollo de sus economías representaría la consolidación de un mercado común europeo. Vid. GARCIA-DURAN HUET, Patricia; “La Lenta Gestación de la Política Comunitaria de Fusiones”, en: *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, año No. 6, Vol. 12, Madrid, 2002, pág. 520 y 521.

Ahora bien, a pesar del fracaso de su primera propuesta, la Comisión continuó con su intención de regular las concentraciones de empresas, de tal forma que, procurando alcanzar este objetivo, durante la década siguiente presentó varias propuestas de reglamento, que tampoco fueron aprobadas¹³⁴.

La posición renuente de los Estados miembros a un Reglamento Comunitario, tomaría un giro radical a partir de 1987, fecha en que se dicta la sentencia “Philip Morris”¹³⁵. Merced a esta sentencia, tanto la Comisión como el Tribunal de Justicia abrieron la puerta a la posibilidad de establecer un control de las concentraciones de empresas, ahora mediante la aplicación del artículo 81 TCE¹³⁶ (en la actualidad, artículo 101 TFUE), ampliando así su campo de acción en el control de estas operaciones.

¹³⁴ Propuestas presentadas en 1981, 1984 y 1986. Mientras la Comisión trabajaba en la elaboración de un proyecto de Reglamento que fuese aprobado, paralelamente seguía aplicando el artículo 82 TCE como mecanismo para controlar las concentraciones.

¹³⁵ STJCE de 17 de noviembre de 1987, *British American Tobacco Company Ltd y Reynolds/Comisión*, asuntos acumulados 142 y 156/84, recopilación de jurisprudencia de 1987, pág. 4487. Jurisprudencia disponible en <http://eur-lex.europa.eu/es/index.htm>

¹³⁶ El art. 81 TCE (101 TFUE) establece: “1. Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común y, en particular, los que consistan en: a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción; b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones; c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento; d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva; e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos. 2. Los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho. 3. No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a: — cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas, — cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas, — cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas, que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al

Con esta sentencia, se ratificó el aval del TJCE a los criterios de la Comisión, en materia de control de concentraciones, como mecanismo de presión hacia los gobiernos que veían como, a partir de interpretaciones normativas de carácter amplio, la Comisión Europea se habilitaba a sí misma para asumir el control de estas operaciones aunque no existiese una normativa específica que regulase esta facultad.

1.3. El primer Reglamento comunitario de control de concentraciones: El Reglamento 4064/89/CE.

En un entorno caracterizado por la inseguridad jurídica en materia de control de concentraciones, era frecuente encontrar empresas que renunciaban a ejecutar operaciones de concentración precisamente ante la posibilidad de que la Comisión Europea abordase su examen, incierto y abierto a cualquier interpretación.

De este modo, el temor a una Comisión que fijaba de manera unilateral los criterios para examinar las concentraciones; las nuevas expectativas creadas alrededor del mercado común europeo¹³⁷ y el incremento de las concentraciones de carácter transnacional,

mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que: a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos; b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate". Cfr. Artículo 101, TFUE, versión consolidada publicada en el DOUE C 83 de 30 de marzo de 2010. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/es/treaties/index.htm>

¹³⁷ A partir de la segunda mitad de la década de los 80, las autoridades nacionales se dieron cuenta de las ventajas que para sus economías representaría la consolidación de un mercado común, en pro de la mayor competitividad de la industria europea. Esta posición era contraria a la sostenida por las mismas autoridades en la década de los 70, para quienes el desarrollo de sus economías locales primaba sobre aquellas medidas destinadas a impulsar el desarrollo de un mercado común en Europa y que provenían de las autoridades comunitarias. Vid. GARCIA-DURAN HUET, Patricia; *ob cit*, pág. 520 y 521

llegaron a los gobiernos de los países miembros, en particular de Francia, Italia y el Reino Unido¹³⁸, a participar activamente en un nuevo proceso de negociación. Este proceso terminó, finalmente, con la aprobación del primer Reglamento comunitario de control de concentraciones: el Reglamento 4064/89/CE¹³⁹.

Mediante la adopción de este Reglamento, se dotaba a la Comisión de un instrumento específico para asumir el control de las concentraciones de empresas¹⁴⁰ y, paralelamente, se cubría un vacío legal en una materia en la que, según empresas y autoridades nacionales, la inseguridad jurídica era palpable por la aplicación de los artículos 81 y 82 TCE (101 y 102 TFUE).

¹³⁸ Estos países mantenían mayores reservas a la aprobación de un reglamento comunitario de control de concentraciones. Contrariamente, Alemania apoyaba la adopción de esta normativa. *Ibid.* pág. 516 y 517.

¹³⁹ Reglamento que entró en vigor el 21 de septiembre de 1990.

¹⁴⁰ En el mismo Reglamento 4064/89/CE se reconocía que la aplicación de los artículos 81 y 82 TCE a las concentraciones de empresas no era un mecanismo suficiente para controlar todas las operaciones que pudiesen falsear la competencia y que era necesario disponer de un instrumento específico que posibilitara este control. En este sentido, en los considerandos 6 y 7 se establece: “6. Considerando que los artículos 85 y 86, aunque aplicables según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia a determinadas concentraciones, no son sin embargo suficientes para incluir todas las operaciones que pueden resultar incompatibles con el régimen de competencia no falseada establecido por el Tratado; 7. Considerando que, por consiguiente, es preciso crear un instrumento jurídico nuevo, en forma de Reglamento, que haga posible un control efectivo de todas las operaciones de concentración en función de su efecto sobre la estructura de la competencia en la Comunidad y que sea el único aplicable a tales concentraciones”. *Cfr.* Considerandos 6 y 7, Reglamento (CEE) n° 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas. Publicado en el DOUE L 395 de 30 de diciembre de 1989, pág. 1-12. Disponible en <http://eur-lex.uropa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31989R4064:ES:HTML>

El examen del Reglamento 4064/89/CE, permite extraer diversos criterios¹⁴¹, fijados en materia de control de concentraciones, que representan un antecedente fundamental para la consolidación del sistema de control vigente en la actualidad. Estos criterios son los siguientes:

- Se fija el principio de *ventanilla única (one stop shop)*, mediante el cual aquellas operaciones de concentración con dimensión comunitaria debían someterse al control único y exclusivo por parte de la Comisión¹⁴².
- Se estableció la obligación de notificar previamente a la Comisión las operaciones de concentración, teniendo en cuenta el ámbito de su competencia¹⁴³.
- La obligación de notificación previa se determinaba según el volumen de negocios de las empresas involucradas en la operación. Así pues, si se superaban los umbrales establecidos por la normativa, la operación debía ser notificada¹⁴⁴.
- Se prohibía una operación de concentración cuando la operación creaba o reforzaba una posición dominante, susceptible de obstaculizar -de manera

¹⁴¹ Vid. PACE, Lorenzo Federico; *ob cit*, pág. 398 y 399; GONZALEZ-DIAZ, Francisco Enrique y CARPI BADIA, Josep María; *ob cit*, pág. 630 y 631.

¹⁴² Vid. Considerandos 16 y 27, Reglamento 4064/89/CE, publicado en el DOUE L 395 de 30 de diciembre de 1989, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31989R4064:EN:HTML>

¹⁴³ Vid. Artículo 4, Reglamento 4064/89/CE, publicado en el DOUE L 395 de 30 de diciembre de 1989, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31989R4064:EN:HTML>

¹⁴⁴ Vid. Artículo 5, Reglamento 4064/89/CE, publicado en el DOUE L 395 de 30 de diciembre de 1989, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31989R4064:EN:HTML>

efectiva- la competencia en el mercado común o en una parte substancial del mismo (criterio de dominancia)¹⁴⁵.

- Se establecía un sistema de reenvío entre la Comisión y las autoridades nacionales¹⁴⁶ así como un régimen sancionador a cargo de la Comisión¹⁴⁷.

Siete años después de su entrada en vigor, el Reglamento 4064/89/CE fue modificado por el Reglamento 1310/97/CE de 30 de junio de 1997¹⁴⁸. Esta nueva normativa corrigió determinados aspectos problemáticos del Reglamento 4064/89, entre otros, sus elevados umbrales económicos¹⁴⁹, que habían sido puestos de manifiesto en el libro verde sobre la

¹⁴⁵ Vid. Apartado 3, artículo 2, Reglamento 4064/89/CE, publicado en el DOUE L 395 de 30 de diciembre de 1989, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31989R4064:EN:HTML>

¹⁴⁶ Vid. Artículo 9, Reglamento 4064/89/CE, publicado en el DOUE L 395 de 30 de diciembre de 1989, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31989R4064:EN:HTML>

¹⁴⁷ Vid. Artículos 14 y 15, Reglamento 4064/89/CE, publicado en el DOUE L 395 de 30 de diciembre de 1989, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31989R4064:EN:HTML>

¹⁴⁸ Reglamento que entro en vigor el 1 de marzo de 1998 y que fue publicado en el DOUE L 180 de 9 de julio de 1997.

¹⁴⁹ Fundamentalmente, el propósito final de estas modificaciones fue aumentar el ámbito de control de la Comisión sobre las concentraciones empresariales. De este modo, además de la reducción de los umbrales económicos que determinaban el deber de notificar la operación a la Comisión, se modificó el sistema de remisión de casos entre esta y las autoridades de los Estados miembros y se extendió la aplicación del Reglamento de concentraciones a las empresas en participación con plenas funciones. Sobre este último aspecto Vid. MAILLO GONZALEZ-ORUS, Jerónimo; “El Control de las Empresas en Participación tras el Reglamento (CE) 1310/97: Tres años de aplicación del artículo 2(4) del Reglamento (CE) de Control de las Operaciones de Concentración”, en: *Nuevo Derecho Comunitario y Español de la Competencia*, Editorial BOSCH, Madrid, 2002, pag.189 y ss.

revisión del Reglamento de control de concentraciones publicado por la Comisión en 1996¹⁵⁰.

Tres años después de la entrada en vigor del Reglamento 1310/97/CE, la Comisión presentó un nuevo libro verde¹⁵¹, que incluía una propuesta de revisión de todo el Reglamento 4064/89/CE, proponiendo cambios sustantivos y de procedimiento en el régimen comunitario del control de concentraciones.

Este proceso de revisión culminó con la promulgación del Reglamento (CE) 139/2004¹⁵², vigente desde el 1 de mayo del 2004, y que constituye la normativa aplicable en la actualidad al control de las concentraciones empresariales, junto con otras disposiciones complementarias adoptadas por la Comisión, en particular, Comunicaciones y Directrices a las cuales haremos alusión en el siguiente apartado.

2. La modernización del control comunitario de concentraciones: El Reglamento (CE) 139/2004 y disposiciones complementarias.

La aprobación del Reglamento (CE) 139/2004 fue el resultado de un proceso de consulta, llevado a cabo por la Comisión, que tenía como finalidad incorporar -en una nueva

¹⁵⁰ COM (96) 19, de enero de 1996, publicada en el DOUE C 58 de 28 de febrero de 1996. Disponible en ingles en http://europa.eu/documents/comm/green_papers/pdf/com96_19_en.pdf

¹⁵¹ Libro verde sobre la revisión del Reglamento (CEE) 4064/89 del Consejo, [COM (2001) 745 final], no publicado en Diario Oficial, disponible en http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/com/2001/com2001_0745es01.pdf

¹⁵² Reglamento (CE) 139/2004, de 20 de enero de 2004, publicado en el DOUE L 24 de 29 de enero de 2004, pág. 1-22, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004R0139:ES:HTML>.

norma- las modificaciones realizadas con anterioridad al Reglamento 4064/89/CE¹⁵³, incluir nuevas disposiciones y adecuar el control de las concentraciones a la nueva realidad político-económica de una futura Unión Europea de 25 miembros¹⁵⁴.

Pues bien, los principales aspectos que suponen un cambio relevante en la normativa vigente respecto de la anterior, son los siguientes¹⁵⁵:

- Cambio en el criterio sustantivo de evaluación de una operación de concentración, para declarar si es compatible incompatible con el mercado común.
- Modificaciones en aspectos de procedimiento: plazos de investigación de la Comisión, plazos de notificación, actuaciones en caso de anulación de una decisión por el Tribunal de Justicia, mayores facultades para la Comisión en materia de multas, etc.

¹⁵³ En razón a que la nueva normativa incorpora buena parte de las modificaciones realizadas con anterioridad al Reglamento 4064/89/CE, se ha considerado que el Reglamento (CE) 139/2004 es una refundición actualizada y adaptada del Reglamento de 1989. En concordancia con lo anterior, el Reglamento 139/2004 dispone: “El Reglamento (CEE) n° 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las concentraciones entre empresas, ha sido modificado de forma sustancial. Dado que se han de introducir otras modificaciones adicionales, resulta oportuno, en aras de una mayor claridad, proceder a su refundición”. Cfr. Considerando primero, Reglamento (CE) 139/2004, publicado en el DOUE L 24 de 29 de enero de 2004, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004R0139:ES:HTML>

¹⁵⁴ En este sentido, el Reglamento (CE) 139/2004 apunta que es oportuno realizar una refundición del Reglamento (CEE) n° 4064/89 “en un texto legislativo que responda a los retos de un mercado más integrado y de la futura ampliación de la Unión Europea”. Cfr. Considerando sexto, Reglamento (CE) 139/2004, publicado en el DOUE L 24 de 29 de enero de 2004, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004R0139:ES:HTML>

¹⁵⁵ Vid. COMISION EUROPEA, “XXXIII Informe sobre la Política de Competencia 2003”, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 2005.

- Modificaciones de carácter jurisdiccional, como los mecanismos de remisión de asuntos entre la Comisión y los Estados miembros.

Ahora bien, es necesario tener presente que el vigente Reglamento comunitario de control de concentraciones, se sustenta en los principios de subsidiariedad, ventanilla única y seguridad jurídica. El principio de subsidiariedad se derivaba del artículo 5 del TCE (sustituido por el artículo 5 del TUE) y determina que en materia de control de concentraciones, la competencia para evaluar estas operaciones debe otorgarse a la autoridad “mejor situada”. Es decir, a la autoridad más competente o “más apropiada”, teniendo en cuenta los recursos de los cuales disponga y las circunstancias propias de cada operación¹⁵⁶.

Este criterio es el punto de partida para la consolidación del principio de ventanilla única, que pretende evitar la dualidad en el análisis de concentraciones con dimensión comunitaria, por parte de autoridades nacionales y comunitarias. De acuerdo con este principio, el control de las concentraciones que tengan dimensión comunitaria corresponde de manera exclusiva a una autoridad única que en su proceso de evaluación deberá aplicar –exclusivamente– la normativa prevista para tal efecto.

En este orden de ideas, la regla general es que la Comisión Europea es la autoridad facultada para conocer y evaluar las concentraciones con dimensión comunitaria, de modo que las autoridades nacionales (salvo excepciones de casos de reenvío o protección

¹⁵⁶ Vid. SANCHEZ GRAELLS, Albert; “El Sistema de Remisión de Asuntos entre la Comisión Europea y las Autoridades Nacionales de Competencia en el Nuevo reglamento (CE) 139/2004 sobre Control de Concentraciones.”, en: *Derecho de la Competencia Europeo y Español*, Volumen VI, Editorial Dykinson, Madrid, 2005, pág. 377 y ss, y Considerando 8 y artículos 4, 21.2 y 21.3, Reglamento (CE) 139/2004, de 20 de enero de 2004, disponible en [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004R0139:ES:HTML;](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004R0139:ES:HTML;Articulo 5, TUE, versión consolidada publicada en el DOUE C 83 de 30 de marzo de 2010. Disponible en http://eur-lex.europa.eu/es/treaties/index.htm) Artículo 5, TUE, versión consolidada publicada en el DOUE C 83 de 30 de marzo de 2010. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/es/treaties/index.htm>

de un interés legítimo) deben abstenerse de aplicar su normativa interna en este tipo de operaciones. Desde el punto de vista de las empresas implicadas en una concentración con dimensión comunitaria, el principio de ventanilla única les obliga a notificar a la Comisión Europea previamente a la ejecución de la operación prevista.

Así pues, en la Comunicación de la Comisión sobre la remisión de asuntos de concentraciones, se puntualiza que el principio de ventanilla única “redunda en beneficio tanto de las autoridades de competencia como de las empresas. La tramitación de una concentración por una única autoridad de competencia se traduce en una mayor eficiencia administrativa, al evitarse la duplicación y la fragmentación de las actuaciones, así como la incoherencia potencial en el tratamiento de un asunto (en lo relativo a la investigación, a la evaluación y a las eventuales medidas correctivas) por parte de varias autoridades. También se benefician de ello las empresas, especialmente las que se van a fusionar, al reducirse los costes y la carga burocrática que conlleva la notificación múltiple y suprimirse el riesgo de que se adopten decisiones contradictorias como consecuencia de una evaluación concurrente de varias autoridades de competencia de una misma operación con arreglo a sus respectivos ordenamientos jurídicos”¹⁵⁷.

En suma, el principio de seguridad jurídica es consecuencia de la aplicación de los principios de subsidiariedad y ventanilla única. En efecto, la aplicación de estos principios, genera una mayor confianza entre los agentes participantes en una concentración, puesto que de antemano se conoce la autoridad competente para abordar el control de la operación, ganando así el sistema de control credibilidad y estabilidad¹⁵⁸.

¹⁵⁷ Cfr. Considerando 11, Comunicación de la Comisión sobre la remisión de asuntos de concentraciones. Publicada en el DOUE C 056 de 5 de marzo de 2005, pág. 2-23. Disponible en [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52005XC0305\(01\):ES:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52005XC0305(01):ES:HTML)

¹⁵⁸ Vid. PEREZ NAVARRO, Silvia y GONZALEZ-PARAMO, Casto; “El Reenvío de Expedientes de Concentración Económica”, en: *Control de Concentraciones Empresariales. Reforma de las Normativas*

Ahora bien, este proceso de revisión de la normativa comunitaria de control de concentraciones, no se limitó de manera exclusiva al Reglamento 4064/89/CE, sino que paralelamente fueron revisados y modificados algunos textos de la Comisión¹⁵⁹ que sirven de guía para interpretar los criterios utilizados por esta autoridad a la hora de evaluar, en la práctica, una operación de concentración.

En este orden de ideas, el estudio del control de las concentraciones empresariales desde el ámbito del Derecho Comunitario, no se limita de manera exclusiva al conocimiento del Reglamento (CE) 139/2004, sino que también implica tener presente otras disposiciones, como el Reglamento de aplicación y las Comunicaciones de la Comisión que -como mencionamos- desarrollan o aclaran aspectos puntuales de la regulación básica.

Entre las normas adicionales, que son tenidas en cuenta en materia de control de concentraciones, cabe destacar las siguientes:

Comunitarias y Española. Análisis Sectorial. Editorial Instituto de Estudios Europeos, Dykinson, Madrid, 2005, pág. 38 y ss.

¹⁵⁹ Entre estos textos se encuentran las “Directrices sobre la evaluación de concentraciones horizontales”, publicada en el DOUE C 31 de 5 de febrero de 2004, disponible en [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52004XC0205\(02\):ES:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52004XC0205(02):ES:HTML); la “Comunicación de la Comisión sobre las restricciones directamente vinculadas a la realización de una concentración y necesarias a tal fin”, publicada en el DOUE C 56 de 5 de marzo de 2005, disponible en <http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2005:056:0024:0031:ES:PDF>; la Comunicación de la Comisión sobre el procedimiento simplificado para tramitar determinadas concentraciones en virtud del Reglamento (CE) 139/2004 del Consejo”, publicada en el DOUE C 56 de 5 de marzo de 2005, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2005:056:0032:0035:ES:PDF> y la “Comunicación de la Comisión sobre la remisión de asuntos de concentraciones”, publicada en el DOUE C 56 de 5 de marzo de 2005, disponible en [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52005XC0305\(01\):ES:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52005XC0305(01):ES:HTML).

- Reglamento (CE) núm. 802/2004 de la Comisión, de 21 de abril de 2004, por el que se aplica el Reglamento (CE) núm. 139/2004 del Consejo, sobre el control de las concentraciones entre empresas, vigente desde el 1 de mayo de 2004¹⁶⁰.
- Comunicación consolidada sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia, adoptada por la Comisión el 10 de julio de 2007¹⁶¹ y que reemplaza las anteriores Comunicaciones sobre el concepto de concentración, el concepto de empresa en participación con plenas funciones, el concepto de empresas afectadas y el cálculo del volumen de negocios¹⁶².
- Comunicación de la Comisión, de 5 de marzo de 2005, sobre las restricciones directamente vinculadas a la realización de una concentración y necesarias a tal fin¹⁶³.
- Comunicación de la Comisión, de 5 de marzo de 2005, sobre el procedimiento simplificado para tramitar determinadas concentraciones en virtud del Reglamento (CE) 139/2004 del Consejo¹⁶⁴.

¹⁶⁰ Publicado en el DOUE L 133 de 30 de abril de 2004, pág. 1-39. Disponible en http://www.fomento.es/NR/rdonlyres/11CCE9A8-27D3-4079-B9AE-4E1AE864B4E7/1595/r802_conc_emp.pdf

¹⁶¹ Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:095:0001:0048:ES:PDF>. Nota de Prensa IP/07/1043 de 10 de julio de 2007.

¹⁶² Comunicaciones publicadas en el DOUE C 66 de 2 de marzo de 1998. Disponibles en http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/legislation/draft_jn.html

¹⁶³ Publicada en el DOUE C 56 de 5 de marzo de 2005, disponible en <http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2005:056:0024:0031:ES:PDF>

¹⁶⁴ Publicada en el DOUE C 56 de 5 de marzo de 2005, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2005:056:0032:0035:ES:PDF>

- Comunicación de la Comisión, de 5 de marzo de 2005, sobre la remisión de asuntos de concentraciones¹⁶⁵.
- Comunicación de la Comisión relativa a las normas de acceso al expediente de la Comisión en los supuestos de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado CE, los arts. 53,54 y 57 del Acuerdo EEE, y el Reglamento (CE) 139/2004¹⁶⁶
- Directrices de la Comisión, de 5 de febrero de 2004, sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones¹⁶⁷.
- Comunicación de la Comisión, relativa a las soluciones admisibles con arreglo al Reglamento (CE) no 139/2004 del Consejo y al Reglamento (CE) no 802/2004¹⁶⁸,
- Comunicación de la Comisión, de 9 de diciembre de 1997, relativa a la definición del mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia¹⁶⁹.

¹⁶⁵ Publicada en el DOUE C 56 de 5 de marzo de 2005, disponible en [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52005XC0305\(01\):ES:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52005XC0305(01):ES:HTML).

¹⁶⁶ Publicada en el DOUE C 325 de 22 de Diciembre de 2005. Disponible en [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52005XC1222\(03\):ES:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52005XC1222(03):ES:HTML)

¹⁶⁷ Publicada en el DOUE C 31 de 5 de febrero de 2004. Disponible en [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52004XC0205\(02\):ES:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52004XC0205(02):ES:HTML)

¹⁶⁸ Publicada en el DOUE C 267, de 22 de octubre de 2008, pág. 1-27. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:267:0001:0027:ES:PDF>.

- Directrices de la Comisión sobre la evaluación de las concentraciones no horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas¹⁷⁰.
- Comunicación de la Comisión sobre las restricciones directamente vinculadas a la realización de una concentración y necesarias a tal fin¹⁷¹.
- Documento “Mejores prácticas en el desarrollo del procedimiento comunitario de concentraciones”¹⁷².
- Documento “Mejores prácticas en los compromisos de desinversión”¹⁷³.

Ahora bien, como ya hemos indicado, la aplicación de la normativa comunitaria en materia de concentraciones, depende, salvo excepciones, de que la operación bajo

¹⁶⁹ Publicada en el DOUE C 372 de 9 de diciembre de 1997. Disponible en [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997Y1209\(01\):ES:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997Y1209(01):ES:HTML)

¹⁷⁰ Publicada en el DOUE C 265 de 18 de octubre de 2008 pág. 6-25. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:265:0006:01:ES:HTML>

¹⁷¹ Publicada en el DOUE C 56 de 5 de marzo de 2005. Disponible en [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52005XC0305\(02\):ES:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52005XC0305(02):ES:HTML)

¹⁷² Texto original publicado en inglés como “Best Practices on the conduct of EC merger proceedings”. Disponible en <http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/legislation/proceedings.pdf>

¹⁷³ Texto original publicado en inglés como “Best practice on divestiture commitments”. Disponible en <http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/legislation/commitments.pdf>

examen encaje en dos presupuestos definidos por la normativa. A saber: el “concepto de concentración” y la “dimensión comunitaria” de la operación; temas que abordamos a continuación¹⁷⁴.

2.1. Concepto de concentración.

La normativa comunitaria señala que se está en presencia de una concentración cuando exista un cambio duradero en el control de la empresa involucrada en la operación. Este cambio duradero de control debe ser producto de la ejecución de una operación de fusión, de adquisición o resultado de la creación de una empresa en participación, que desempeñe permanentemente todas las funciones de una entidad económica independiente¹⁷⁵.

Así las cosas, es necesario identificar cuando existe un cambio duradero en el control de una empresa. En este sentido, se debe tener presente que el Reglamento de concentraciones aporta un elemento más de juicio en este análisis, al determinar que el cambio duradero en el control de una empresa afectada por una concentración, debe generar un cambio en la estructura del mercado, para que sea objeto de control de la normativa comunitaria¹⁷⁶.

¹⁷⁴ Según el artículo 1 del Reglamento (CE) 139/2004, las disposiciones del Reglamento son aplicables exclusivamente a las concentraciones de dimensión comunitaria.

¹⁷⁵ Vid. Artículo 3, Reglamento (CE) 139/2004, de 20 de enero de 2004, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004R0139:ES:HTML>.

¹⁷⁶ Vid. Considerando 20, Reglamento (CE) 139/2004, de 20 de enero de 2004, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004R0139:ES:HTML>.

El hecho de que una concentración tenga la posibilidad de modificar la estructura del mercado nos lleva a realizar dos precisiones. En primer lugar, hay que tener presente que el control de concentraciones se caracteriza más por ser un control de estructuras que un control de comportamientos. Enfoque establecido por el Reglamento, al considerar que sus disposiciones se deben aplicar a las modificaciones estructurales importantes, cuyo efecto en el mercado se extienda mas allá de las fronteras de un Estado miembro¹⁷⁷.

Como consecuencia de esta característica, debe subrayarse que las reestructuraciones internas llevadas a cabo en un grupo de empresas, no representan una concentración a los efectos de aplicación del Reglamento¹⁷⁸, salvo que la reestructuración implique un cambio en el control de la empresa¹⁷⁹.

En segundo lugar, no debe olvidarse el carácter previo (*ex ante*) del control de las concentraciones. Es decir, el análisis de una operación de concentración se realiza de manera previa a su ejecución, a diferencia de la aplicación de otros instrumentos del Derecho de la Competencia, como el control sobre actos de competencia desleal, que se ejecuta con posterioridad a la conducta u operación¹⁸⁰.

¹⁷⁷ Vid. Considerando 8, Reglamento (CE) 139/2004, de 20 de enero de 2004, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004R0139:ES:HTML>.

¹⁷⁸ Vid. Apartado 51, Comunicación Consolidada de 10 de julio de 2007. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:095:0001:0048:ES:PDF>

¹⁷⁹ Como sucedió en la Decisión de la Comisión de 26 de julio de 2000, asunto COMP/M.1806, *AstraZeneca/Novartis*, publicada en el DOUE L 110 de 16 de abril de 2004, pag.1-72, disponible en http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases/decisions/m1806_en.pdf.

¹⁸⁰ A la vista de estas dos características del control de concentraciones, cabe destacar las precisiones que sobre el particular realizan GONZALEZ-DIAZ y CARPI BADIA, quienes sostienen: “En particular, los regímenes de control de fusiones y adquisiciones empresariales tienen por objetivo evitar la creación de estructuras de mercado de las que se deriven, entre otros, precios más elevados, una menor calidad de los productos, un nivel de producción

En suma, la normativa comunitaria de control de concentraciones circunscribe el concepto de concentración a la existencia de un cambio duradero en el control de las empresas involucradas, como consecuencia de la ejecución de alguna de las operaciones definidas en el artículo 3 del Reglamento, y que, además, podría modificar la estructura del mercado.

En este orden de ideas, debemos resaltar que mas allá de elaborar un concepto puntual de concentración, la voluntad de la Comisión es otorgar una mayor relevancia a elementos estructurales de fondo de la operación, como el cambio duradero en el control; actitud que se explica, en parte, por la experiencia adquirida en el análisis de estas operaciones bajo el Reglamento (CE) 4064/89.

En efecto, la Comisión entiende que limitar su competencia a un concepto específico de concentración sería contraproducente, teniendo en cuenta que en la actualidad, los acuerdos entre empresas, grupos empresariales, las adquisiciones, fusiones, etc. pueden llegar a tener características tan diversas y grados de complejidad tan avanzados que abarcarlos todos en una sola definición carece de utilidad práctica.

Por ende, a continuación abordaremos las principales características de las operaciones de concentración fijadas por el Reglamento y también analizaremos el concepto de “cambio duradero de control” al desarrollar las adquisiciones de control.

2.2. Tipos de concentraciones.

reducido, un esfuerzo menor de innovación, posibilidades realistas de exclusión y, en definitiva, una reducción en el bienestar de los consumidores y en la eficiencia económica”. Cfr. GONZALEZ-DIAZ, Francisco Enrique y CARPI BADIA, Josep María; “La Noción de Concentración Económica y la Evaluación de sus Efectos en los Ordenamientos Comunitario y Español”, en: *Tratado de Derecho de....., ob cit*, pág. 630.

2.2.1. Fusiones.

De acuerdo con el Reglamento de concentraciones, el cambio en el control de una empresa puede producirse -entre otras- como consecuencia de una fusión de dos o más empresas o partes de empresas anteriormente independientes¹⁸¹.

Para la Comisión Europea, estaremos ante una fusión, cuando de la unión de dos o más empresas anteriormente independientes, surge una nueva sociedad y en consecuencia, las empresas inicialmente involucradas en la operación, dejan de existir como entidades jurídicas diferenciadas¹⁸².

¹⁸¹ Vid. Artículo 3, letra a, apartado 1, Reglamento (CE) 139/2004, de 20 de enero de 2004, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004R0139:ES:HTML>. Sobre el tratamiento de las fusiones desde el ámbito del Derecho Societario consultar los trabajos de SEQUEIRA MARTIN, Adolfo; "Fusión de Sociedades", "Fusión Impropia", "Fusión Transfronteriza"; en: *Diccionario de Derecho de Sociedades*, ALONSO LEDESMA, Carmen (Directora), Editorial Iustel, Madrid, 2006, pág. 639 y ss.

¹⁸² Vid. Apartado 9, Comunicación Consolidada de 10 de julio de 2007, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:095:0001:0048:ES:PDF>. Un ejemplo de esta concentración fue la fusión entre NationsBank y BankAmerica, que dio origen a BankAmerica Corporation. Vid. Decisión de la Comisión de 21 de agosto de 1998, asunto IV/M.1244, *Bankamerica/Nationsbank*, publicada en DOUE C 392/10 de 16 de diciembre de 1998. Disponible en http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases/decisions/m1244_en.pdf. Véase también la Decisión de la Comisión de 23 de junio de 1998, asunto IV/M.1184, *Travelers/Citicorp*, publicada en el DOUE C 168 de 3 de Junio de 1998 y la Decisión de la Comisión de 29 de junio de 2000, asunto COMP/M.1972, *Granada/Compass*, publicada en el DOUE C 394 de 17 de diciembre de 1998, pág. 20. Disponibles en http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases/#by_cy

Asimismo, estaremos también frente a una fusión, cuando una empresa adquiere otra, manteniendo la empresa adquirente su personalidad jurídica, mientras que la empresa afectada deja de existir como tal (fusión por absorción)¹⁸³.

Hay que aludir también a la “fusión de facto” que puede presentarse cuando dos o más empresas independientes establecen, mediante un contrato, una gestión económica conjunta, con cláusulas, por ejemplo, de compensación interna de pérdidas y ganancias, distribución de los ingresos entre las distintas entidades del grupo, responsabilidad solidaria, división de riesgos externos, etc¹⁸⁴.

En este supuesto, pues, existen dos empresas anteriormente independientes que combinan sus actividades de tal suerte que se genera una nueva entidad económica, sin que se haya llevado a cabo de manera previa una operación jurídica que materialice la fusión. Por tanto, cada una de las empresas involucradas conserva su respectiva personalidad jurídica.

¹⁸³ Vid. GONZALEZ-DIAZ, Francisco Enrique y CARPI BADIA, Josep María; *ob cit*, pág. 641; apartado 9, Comunicación Consolidada de 10 de julio de 2007, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:095:0001:0048:ES:PDF>; Decisión de 28 de febrero de 2001, asunto COMP/M.2208, *Chevron/Texaco*, publicada en el DOUE C 128 de 28 de abril de 2001, pag. 2, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001M2208:EN:HTML> y Decisión de 13 de junio de 2000, COMP/M. 1673, *VEBA/VIAG*, publicada en el DOUE L 188 de 10 de julio de 2001, pag.1-52, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001D0519:EN:HTML>. De acuerdo con lo expuesto por la Comisión en la Comunicación Consolidada (apartados 9 y 51), no se aplica la normativa de concentraciones a casos en los que una empresa objetivo se fusiona con una filial de la empresa adquirente y, como resultado, la empresa matriz adquiere el control de la empresa objetivo. Para efectos de la normativa de concentraciones, esta operación no constituye una concentración sino una reestructuración interna.

¹⁸⁴ Vid. Apartado 10, Comunicación Consolidada de 10 de julio de 2007, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:095:0001:0048:ES:PDF>

En este tipo de situaciones, la existencia de una gestión económica única y permanente, como consecuencia del acuerdo de las empresas involucradas, es un requisito indispensable para determinar si existe este tipo de fusión¹⁸⁵.

2.2.2. Adquisiciones de control.

Una segunda modalidad de concentración, recogida en el artículo 3, apartado 1, letra b), del Reglamento de Concentraciones, consiste en la operación en la que se presenta una adquisición del control de una empresa¹⁸⁶, de partes de ella o de varias empresas.

Esta adquisición de control se traduce en la “posibilidad de ejercer una influencia decisiva” sobre una(s) empresa(s) o parte(s) de ella, teniendo presente no solo los aspectos formales de la operación, sino también circunstancias de orden externo que -eventualmente- pudiesen generar un control *de facto* de la(s) empresas involucradas¹⁸⁷.

¹⁸⁵ Vid. Apartado 10, Comunicación Consolidada de 10 de julio de 2007, Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:095:0001:0048:ES:PDF>. Respecto a este tipo de fusión, resulta de interés la Decisión de la Comisión de 10 de febrero de 2003, asunto COMP/M.3071, *Carnival Corporation/P&O Princess (II)*, publicada en el DOUE C 42 de 21 de febrero de 2003, pág. 7, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32003M3071:EN:HTML> y la Decisión de la Comisión de 20 de mayo de 1998, asunto IV/M.1016, *Price Waterhouse/Coopers & Lybrand*, publicada en el DOUE L 050 de 26 de febrero de 1999, pág. 27-49, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31999D0152:EN:HTML>.

¹⁸⁶ De acuerdo con CALVO CARAVACA, Alfonso y CARRASCOSA GONZALEZ, Javier (“*Las Concentraciones de.....*”, *ob cit*, pág. 82) en las operaciones de adquisición de control, “las empresas participantes siguen existiendo, al menos formalmente, como empresas distintas después de la operación”, a diferencia de lo que sucede en las operaciones de fusión en donde una de las empresas involucradas, o ambas, desaparecen como entidades jurídicas independientes después de la ejecución de la operación.

¹⁸⁷ Vid. Artículo 3, apartado 2, Reglamento (CE) 139/2004, de 20 de enero de 2004, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004R0139:ES:HTML>.

Para la Comisión, “la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre una empresa puede resultar de los derechos, contratos u otros medios, por sí mismos o en conjunto, y teniendo en cuenta las circunstancias de hecho y de derecho pertinentes...”¹⁸⁸. Esta posibilidad de influencia debe ser real, independientemente del momento en el cual se ejerza¹⁸⁹.

Ahora bien, los mecanismos mediante los cuales es posible la adquisición del control, pueden ser la toma de participaciones en el capital, la compra de elementos del activo y los contratos¹⁹⁰. No obstante, la consideración expresa de estos mecanismos, hay que tener presente que es posible adquirir el control de una empresa, o de partes de ella, mediante otros medios no previstos. En efecto, existen infinidad de posibilidades que, en la práctica, permiten materializar este propósito.

¹⁸⁸ Cfr. Apartado 16, Comunicación Consolidada de 10 de julio de 2007, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:095:0001:0048:ES:PDF>

¹⁸⁹ Vid. Apartado 16, Comunicación Consolidada de 10 de julio de 2007, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:095:0001:0048:ES:PDF>. La posibilidad de influencia ha sido analizada por la Comisión en las siguientes decisiones: Decisión de la Comisión de 20 de septiembre de 2001, IV/M 2.574, *PIRELLI/EDIZIONE/OLIVETTI/TELECOM ITALIA*, publicada en el DOUE C 325 de 21 de noviembre de 2001, pág. 12, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001M2574:EN:HTML>; Decisión de la Comisión de 3 de agosto de 1993, IV/M343, *SOCIÉTÉ GENERALE DE BELGIQUE/GENÉRALE DE BANQUE*, publicada en el DOUE C 225 de 20 de agosto de 1993, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31993M0343:EN:HTML> y Decisión de la Comisión de 23 de abril de 1997, IV/M 754, *ANGLO AMERICAN CORPORATION/LOHNRO*, publicado en el DOUE L 149 de 20 de mayo de 1998, pág. 21-45, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31998D0335:EN:HTML>

¹⁹⁰ Cfr. Artículo 3, apartado 1, letra b), Reglamento (CE) 139/2004, de 20 de enero de 2004, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004R0139:ES:HTML>.

En este sentido, además de los mecanismos tradicionales mediante los cuales es posible adquirir el control de una empresa, como la compra de acciones y los acuerdos con los accionistas, también es posible que la adquisición del control se derive de operaciones que -convencionalmente- no otorgan este control. A saber: acuerdos relacionados con derechos de propiedad intelectual, contratos de suministro a largo plazo, créditos, etc; casos en los cuales se habla de un control de facto¹⁹¹.

Por otra parte, el control puede llevarse a cabo por una persona, por varias personas, por una empresa o por varias empresas. A este respecto, se entiende por persona, las entidades públicas¹⁹², las entidades privadas y las personas físicas¹⁹³.

¹⁹¹ El control de facto puede derivarse de contratos de suministro a largo plazo o de créditos de proveedores, sin que se haya previsto intencionadamente. En estos casos, la posibilidad real de influencia, se puede materializar en la posibilidad de fijar decisiones estratégicas, en torno a temas como presupuestos, planes de negocios, nombramientos de directivos, etc. *Vid.* CHILD, Graham y BELLAMY, Christopher; *“European Community Law of Competition”*, Editorial Oxford University Press, Sexta Edición, Nueva York, 2008, pág. 645,646; FAULL, Jonathan y NIKPAY, Ali; *“The EC Law of Competition”*, Editorial Oxford University Press, Segunda Edición, Nueva York, 2007, pág. 432 y apartado 20 de la Comunicación Consolidada de 10 de julio de 2007, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:095:0001:0048:ES:PDF>.

¹⁹² Tratándose de entidades públicas, el Reglamento de Concentraciones, dispone que: “en el sector público hay que tomar en consideración, a la hora de calcular el volumen de negocios de una empresa que participe en una concentración, a las empresas que constituyan una unidad económica dotada de un poder de decisión autónomo, independientemente de cómo esté configurada la propiedad de su capital o de las normas de tutela administrativa que les sean aplicables”. *Cfr.* Considerando 22, Reglamento (CE) 139/2004, de 20 de enero de 2004, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004R0139:ES:HTML>.

¹⁹³ *Vid.* Apartado 12, Comunicación Consolidada de 10 de julio de 2007, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:095:0001:0048:ES:PDF>. Respecto a las adquisiciones de control por parte de personas físicas, de acuerdo al apartado 12 de esta Comunicación, sólo se considera que producen un cambio duradero en la estructura de las empresas afectadas si dichas personas físicas realizan otras actividades económicas por su cuenta o si controlan al menos otra empresa. Sobre este aspecto, resulta interesante la Decisión de la Comisión del 16 de mayo de 1991, asunto IV/M082, *ASKO/Jacobs/ADIA*, publicada en el DOUE C

2.2.2.1. Cambio duradero de control.

El cambio duradero en el control de las empresas involucradas en la concentración es un requisito determinante en las adquisiciones de control, independientemente de los mecanismos jurídicos (o de facto) empleados para ejecutar la operación. En este orden de ideas, el cambio duradero en el control es un presupuesto previo necesario para que, en un ulterior momento, podamos hablar de un cambio en la estructura del mercado.

Debe tenerse presente que los criterios a través de los cuales se determina la existencia o no de un cambio duradero en el control, no son uniformes para todas las operaciones, sino que -precisamente- varían, dependiendo de las características de cada una de ellas.

En principio, por regla general, aquellas operaciones en las cuales se produzca un cambio de control de carácter temporal, no caerían en el ámbito de aplicación del Reglamento de Concentraciones. No obstante, para la Comisión Europea “puede producirse una concentración en casos en los que los acuerdos contemplen una fecha final definida, si el periodo previsto es suficientemente largo para dar lugar a un cambio duradero en el control de la empresa en cuestión”¹⁹⁴.

Ahora bien, frente a la existencia o no de un cambio duradero en el control, presentan un interés especial aquellos casos en los que se llevan a cabo varias operaciones de concentración, siendo la primera de ellas de naturaleza transitoria. Tal es el caso de las

132 de 23 de mayo de 1991, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31991M0082:EN:HTML>.

¹⁹⁴ Cfr. Apartado 28, Comunicación Consolidada de 10 de julio de 2007, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:095:0001:0048:ES:PDF>

empresas que se agrupan únicamente a efectos de adquirir otra empresa, basándose en un acuerdo para repartirse los activos adquiridos, inmediatamente después de culminar la transacción, según un plan acordado previamente¹⁹⁵.

En este caso, la primera transacción no constituye una concentración; sólo lo serán las adquisiciones de la segunda fase de la operación y cada una de ellas constituirá una concentración diferente, independientemente de si la primera adquisición se ejecutó exclusivamente por una empresa o conjuntamente por las empresas que participan en las operaciones de la segunda fase¹⁹⁶.

Este criterio está sometido a la condición de que la disolución posterior de la empresa objetivo, debe acordarse entre los distintos compradores de forma jurídicamente vinculante y a que, en la segunda fase, la división de los activos adquiridos, se debe producir en un plazo breve tras la primera adquisición (máximo un año)¹⁹⁷.

¹⁹⁵ Vid. Apartados 28 al 35 de la Comunicación Consolidada de 10 de julio de 2007, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:095:0001:0048:ES:PDF>

¹⁹⁶ Para la Comisión, la primera adquisición no será tomada en cuenta como concentración a efectos de aplicar el Reglamento de Concentraciones puesto que no se produce un cambio estructural duradero. No hay concentración efectiva de poder económico entre el adquirente -o adquirentes- y la empresa objetivo como un todo, toda vez que los activos adquiridos no se poseen de manera indivisa de forma duradera, sino sólo durante el tiempo necesario para realizar la división inmediata de estos. Vid. Apartado 32, Comunicación Consolidada de 10 de julio de 2007, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:095:0001:0048:ES:PDF>

¹⁹⁷ En la Decisión de la Comisión *Fortune Brands/Allied Domecq*, las empresas Fortune Brands y Pernod Ricard (dedicadas a la producción y distribución de bebidas alcohólicas) firmaron previamente un acuerdo marco dirigido a la adquisición del control, por parte de Fortune Brands, de varias marcas y activos de Allied Domecq (empresa dedicada a la misma actividad). Fortune Brands adquiriría el control de las marcas de Allie Domecq y de Pernod Ricards en dos etapas. En primer lugar, Fortune Brands adquiriría acciones (el 37% del capital social emitido) en una empresa vehículo, especialmente creada para la adquisición por parte de Pernod Ricard, de la totalidad de Allied Domecq. Esta participación accionarial le permitía a Fortune Brands ciertos derechos para administrar y operar los activos y marcas de Allied Domecq envueltos en la operación. Posteriormente, según los términos de la operación,

Así las cosas, respecto a la duración del cambio de control, hay que resaltar que lo verdaderamente importante “es que el cambio o modificación realizado sea duradero o potencialmente duradero”, motivo por el cual -en la práctica- tratándose de operaciones de este tipo, “constituyen operaciones de concentración tanto operaciones en las que se encuentran plazos muy largos de vida de la empresa común, como aquellas en las que el plazo sea con carácter limitado”¹⁹⁸.

2.2.2.2. Objeto de control.

Una operación de adquisición de control puede recaer sobre una empresa, sobre varias empresas, sobre parte de una empresa o sobre partes de varias empresas. Del mismo modo puede recaer sobre los activos de una empresa o sobre una proporción determinada de sus activos¹⁹⁹.

De todas estas posibilidades, resaltamos el caso de la adquisición de control sobre activos, por la frecuencia con que se presentan estas operaciones en el sector eléctrico, que es nuestro campo de estudio.

dentro de un periodo de 6 meses, se hacía efectiva la transferencia de activos y marcas de Allied Domecq a Fortune Brands, teniendo presente que entre Pernord Ricard y Fortune Brands, también existía un acuerdo previo de compra de la marca “Larios” perteneciente a Pernord Ricard. *Vid* Decisión de la Comisión de 10 de junio de 2005, asunto COMP/M.3813, *Fortune Brands/Allied Domecq*, publicada en el DOUE C 188 de 2 de agosto de 2005, pág. 10, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32005M3813:EN:HTML>.

¹⁹⁸ *Cfr.* DOMINGUEZ PEREZ, Eva; *ob cit*, pág. 151.

¹⁹⁹ *Vid.* Artículo 3, apartado 1, letra b) y apartado 2, letra a), Reglamento (CE) 139/2004, de 20 de enero de 2004, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004R0139:ES:HTML>.

Pues bien, de acuerdo con la doctrina de la Comisión Europea, se puede considerar una operación de esta naturaleza como una concentración, si los activos sobre los cuales se adquiere el control, “constituyen una actividad con presencia en el mercado, a la que pueda asignarse claramente un volumen de negocios..”²⁰⁰. Así sucedía en la operación “Vattenfall / Elsam y E2”, en la que la empresa Sueca de energía “Vattenfall”, adquirió el control de varias plantas de producción de electricidad de “Elsam” y “E2”, ambas compañías Danesas de electricidad²⁰¹. Para la Comisión, esta operación, debía ser examinada a la luz del Reglamento Comunitario de Concentraciones, puesto que se consideraba que los activos involucrados en la operación (las plantas de producción de electricidad) eran una actividad a la que se podía atribuir un volumen de negocios determinado²⁰².

2.2.2.3. Tipos de control.

En términos generales, la adquisición del control puede revestir dos modalidades. En primer lugar una adquisición de carácter exclusivo, cuando una sola empresa adquiere la mayoría de los derechos de voto de otra. En segundo lugar, una adquisición de carácter

²⁰⁰ Cfr. Apartado 24, Comunicación Consolidada de 10 de julio de 2007, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:095:0001:0048:ES:PDF>

²⁰¹ Vid. Decisión de la Comisión del 22 de Diciembre de 2005, asunto COMP/M.3867, *Vattenfall/Elsam and E2 Assets*, publicada en el DOUE C 184 de 8 de agosto de 2006, pág. 8, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32005M3867:EN:HTML>.

²⁰² La transferencia de una base de clientes o la adquisición de activos inmateriales como marcas, patentes o derechos de autor, podrían considerarse también una concentración si estos activos constituyen, igualmente, una actividad con un volumen de negocios determinado. Vid Apartado 24, Comunicación Consolidada de 10 de julio de 2007, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:095:0001:0048:ES:PDF>

conjunto, cuando dos o más empresas (o personas) tienen la capacidad de ejercer una influencia decisiva sobre otra empresa²⁰³.

Cuando se trata del control exclusivo, este se puede materializar de dos maneras. La primera de ellas cuando la empresa que ostenta el control en exclusiva tiene poder para determinar las decisiones de estrategia competitiva de la otra empresa²⁰⁴ y la segunda manera, cuando un accionista mayoritario, a pesar de las limitaciones en el ejercicio de sus derechos de voto, puede ejercer un poder de bloqueo de las decisiones tomadas por la administración empresarial, pero sin que pueda -por si solo- imponer esas decisiones. En este caso, el poder de veto del accionista adquiere una influencia decisiva y de ahí se deriva su control²⁰⁵.

²⁰³ Vid. CHILD, Graham y BELLAMY, Christopher; *ob cit*, pág. 643 y 646; FAULL, Jonathan y NIKPAY, Ali; *ob cit*, pág. 433 y 436.

²⁰⁴ Para la Comisión, este poder se obtiene mediante la adquisición de una mayoría de los derechos de voto de una empresa. En este sentido, una adquisición mayoritaria de acciones no confiere necesariamente a su titular el control de una empresa, sino que esta adquisición debe estar asociada también al pleno ejercicio de los derechos de voto. Por ejemplo, el artículo 32 de los estatutos de Endesa impedían a un solo accionista ejercer más del 10% de los derechos de voto. Esta limitación fue modificada posteriormente por la junta de accionistas de Endesa, para permitir el pleno ejercicio de los derechos de voto de los actuales accionistas mayoritarios, Enel y Acciona. Vid. Decisión de la Comisión del 11 de enero de 1993, asunto IV/M.296, *Crédit Lyonnais / BFG Bank*, publicado en el DOUE C 045 de 17 de febrero de 1993, disponible en http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases/decisions/m296_fr.pdf y Apartado 56, Comunicación Consolidada de 10 de julio de 2007, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:095:0001:0048:ES:PDF>

²⁰⁵ Esta situación se conoce como “control exclusivo negativo”. Para la Comisión, la adquisición de una mayoría simple puede que no otorgue a su titular el poder de determinar decisiones estratégicas, pero podría ser suficiente para otorgarle un derecho de bloqueo y, de este modo, el control negativo. Este tipo de situaciones se pueden presentar, por ejemplo, cuando para la toma de ciertas decisiones, es necesario una mayoría cualificada. De tal suerte que gozar de una mayoría simple puede conferir a su titular un poder de veto frente a determinadas iniciativas. Vid. Apartado 54 y 56, Comunicación Consolidada de 10 de julio de 2007, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:095:0001:0048:ES:PDF> y Decisión de la Comisión del 27

Por último, hay que reiterar que en el supuesto del control exclusivo, puede ser posible ostentar el control de una empresa, mediante medios ajenos a la titularidad de la mayoría de los derechos de voto y al ejercicio de derechos de veto. Así sucede en los casos en que instrumentos que formalmente no otorgan el control de una empresa (contratos de suministro de largo plazo, créditos de proveedores o de clientes, etc.,) pueden otorgar la posibilidad de ejercer influencia sobre la empresa deudora y así tener un control de facto de esta²⁰⁶.

Respecto a la modalidad de control conjunto, se debe resaltar que estamos en presencia de este tipo de control cuando “dos o más empresas o personas tienen la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre otra empresa”²⁰⁷. Se considera influencia decisiva “la capacidad de bloquear acciones que determinan la estrategia competitiva de una empresa”²⁰⁸. Así las cosas, habrá control conjunto cuando los accionistas (las empresas

de abril del 2005, asunto COMP/M.3768, *BBVA/BNL*, publicada en el DOUE C 135 de 2 de junio de 2005, pág 2, Disponible en http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases/decisions/m3768_20050427_20310_en.pdf

²⁰⁶ También puede existir una situación de control de facto en supuestos en los cuales no hay una intención expresa de ejercer este control como el derivado de la salida de un accionista en una empresa, pasándose de un control conjunto a un control exclusivo. *Vid* Apartados 21 y 59, Comunicación Consolidada de 10 de julio de 2007, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:095:0001:0048:ES:PDF>

²⁰⁷ *Cfr.* Apartado 62, Comunicación Consolidada de 10 de julio de 2007, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:095:0001:0048:ES:PDF>. *Vid.* Decisión de la Comisión del 21 de mayo de 1996, asunto IV/M.744, *Thomson / Daimler-Benz*, publicada en el DOUE C 179 de 22 de junio de 1996, pág 3, disponible en http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases/decisions/m744_en.pdf

²⁰⁸ *Cfr.* Apartado 62, Comunicación Consolidada de 10 de julio de 2007, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:095:0001:0048:ES:PDF>. *Vid* DABBAH, Maher M; “*EC and UK Competition Law*”, Editorial Cambridge University Press, Cambridge, 2004, pág. 452.

matrices) deben llegar a un acuerdo sobre las decisiones importantes que afectan a la empresa controlada (la empresa en participación).

En la práctica, el control conjunto se puede materializar cuando existen dos empresas matrices que se reparten, en partes iguales, los derechos de voto de la empresa en participación, teniendo derecho, por ejemplo, al mismo número de representantes en los órganos de administración y sin que ningún miembro tenga un voto de calidad²⁰⁹, toda vez que este tipo de voto otorgaría un control exclusivo a su titular²¹⁰.

No obstante, puede existir un control conjunto cuando no exista igualdad en los derechos de voto de las empresas matrices, cuando no exista igualdad en la representación en los órganos decisorios o cuando existen más de dos empresas matrices. Así sucede cuando los accionistas minoritarios tienen derechos especiales, que les otorgan un derecho de veto sobre decisiones estratégicas de la empresa en participación²¹¹.

En este caso, para reconocer la existencia del control conjunto de las matrices, no es necesario demostrar el efectivo ejercicio de una influencia decisiva en el funcionamiento de la empresa en participación, sino que es suficiente demostrar la titularidad de derechos

²⁰⁹ El titular del voto de calidad resuelve las situaciones de empate en las votaciones de órganos colegiados y, generalmente, se le atribuye esta facultad al presidente, director, etc, del órgano colegiado.

²¹⁰ Vid. Apartados 64 y 82, Comunicación Consolidada de 10 de julio de 2007, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:095:0001:0048:ES:PDF>

²¹¹ Vid. TOTH, A.G; “*The Oxford Encyclopaedia of European Community Law*”, Editorial Oxford University Press, New York, 2008, pág. 512; apartado 65, Comunicación Consolidada de 10 de julio de 2007, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:095:0001:0048:ES:PDF> y Decisión de la Comisión del 3 de mayo de 2002, asunto COMP/M.2766, *Vivendi Universal/Hachette/Multithématiques*, publicada en el DOUE C 154 de 28 de junio de 2002, pág. 9, disponible en http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases/decisions/m2766_fr.pdf

de veto, cuyo posible ejercicio, otorgaría la capacidad de influir de manera decisiva en las decisiones empresariales más importantes²¹². En este sentido, por lo general, los derechos de veto se ejercen sobre los siguientes aspectos: nombramiento de los altos directivos, inversiones, plan de negocios, presupuesto, etc.

Ahora bien, para ejercer una influencia decisiva en la empresa en participación, no siempre es necesario ser simultáneamente titular de derechos de veto sobre inversiones, nombramiento de directivos, inversiones, etc., sino que en ocasiones basta con ser titular de uno solo de estos derechos para materializar esta posibilidad de influencia²¹³.

En todo caso no debe olvidarse que existen derechos de veto que no están relacionados con presupuestos, inversiones, plan de negocios, etc, pero que pueden, igualmente, otorgar una capacidad de influencia determinante a su titular. Así sucede en los casos de derechos de veto relativos a toma de decisiones en asuntos tecnológicos o *know-how*, en los que, dadas las características del mercado en el cual se desenvuelve la empresa en participación, estas decisiones resultan determinantes para la política comercial y estratégica de la empresa, incluso más que aquellas relacionadas con los planes de negocio, nombramientos de directivos, etc²¹⁴.

²¹² Vid. Apartado 67, Comunicación Consolidada de 10 de julio de 2007, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:095:0001:0048:ES:PDF>

²¹³ Vid. Decisión de la Comisión del 17 de abril del 2000, asunto COMP/M. 1875, *Reuters / Equant – 'Project Proton'*, publicada en el DOUE C 183 de 30 de junio de 2000, pág. 8, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000M1875:EN:HTML>; Decisión de la Comisión del 29 de agosto de 2000, asunto COMP/M.2095, *Sextant / Diehl*, publicada en el DOUE C 290 de 13 de octubre de 2000, pág. 3, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000M2095:EN:HTML> y Apartados 74, 77, 78 y 81, Comunicación Consolidada de 10 de julio de 2007, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:095:0001:0048:ES:PDF>.

²¹⁴ Vid. Apartados 65 a 71, Comunicación Consolidada de 10 de julio de 2007, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:095:0001:0048:ES:PDF> y Decisión de la Comisión del 17

Finalmente, hay que indicar que aunque no existan derechos de veto pactados formalmente, dos o más empresas con participaciones minoritarias pueden tener el control conjunto de una empresa a través del ejercicio coordinado de sus participaciones minoritarias, bien sea por acuerdos previos para actuar en el mismo sentido o por situaciones de facto como la complementariedad de sus aportaciones a la empresa en participación en materia de tecnología, conocimientos, etc. En este supuesto, entre las empresas matrices se genera una situación de dependencia mutua que las lleva a cooperar conjuntamente para tener un poder de bloqueo de las decisiones de la empresa en participación, independientemente de la existencia de derechos de veto a su favor²¹⁵.

2.3. Empresas en participación con plenas funciones.

De acuerdo con el Reglamento de concentraciones²¹⁶, la creación de una empresa en participación que desempeñe de forma permanente todas las funciones de una entidad económica autónoma (*full function joint ventures*)²¹⁷, constituirá una operación de concentración²¹⁸.

de julio de 1996, asunto IV/M.553, *RTL/Veronica /Endemol*, publicado en el DOUE L 294 de 19 de noviembre de 1996, pág. 14-17 , disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31996D0649:EN:HTML>

²¹⁵ Vid. Apartados 74 a 77, Comunicación Consolidada de 10 de julio de 2007, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:095:0001:0048:ES:PDF> y Decisión de la Comisión del 3 de Diciembre de 1993, asunto IV/M.382, *Philips/Grundig*, publicado en el DOUE C 336 de 11 de diciembre de 1993, disponible en http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases/decisions/m382_en.pdf

²¹⁶ Vid. Apartado 4, artículo 3, Reglamento (CE) 139/2004, de 20 de enero de 2004, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004R0139:ES:HTML>.

²¹⁷ En este punto consideramos adecuado realizar dos precisiones. En primer lugar, es necesario tener presente las principales características de una empresa en participación, que, según BRODLEY; son las siguientes: la empresa en

No obstante, para que la creación de una empresa en participación sea controlada por la autoridad comunitaria, deben concurrir determinados presupuestos. El primero, que sea una entidad con plenas funciones (autónoma) y, el segundo, que se proyecte con carácter permanente en el tiempo; aspectos que analizaremos seguidamente.

2.3.1. Concepto de plenas funciones.

Para que una empresa común sea considerada como autónoma, o con plenas funciones, debe operar en un mercado y desempeñar todas las funciones que normalmente desarrollan las empresas presentes en ese mercado.

participación esta bajo el control conjunto de empresas matrices, independientes una de la otra; la empresa común recibe importantes aportaciones por parte de cada una de las matrices; la empresa común existe como una entidad de negocio independiente y separada de sus matrices; la empresa común aporta una significativa capacidad empresarial en términos de nueva capacidad productiva, nueva tecnología, nuevos productos o la entrada en un nuevo mercado. *Vid.* BRODLEY, Joseph; "Joint Ventures and Antitrust Policy", en: *Harvard Law Review*, num. 95, Editorial Harvard Law Review Association, Cambridge, 1982, págs. 1521-1527.

En segundo lugar, hay que tener en cuenta que el control de la autoridad de competencia, en materia de creación de una empresa en participación con plenas funciones, abarca, además del examen necesario para determinar su compatibilidad con el mercado común, la capacidad de la empresa en participación de desarrollar una actividad empresarial plena en el mercado (a diferencia de las adquisiciones de control conjunto en donde la empresa común ya opera en el mercado al momento de la adquisición de control) y la eventual coordinación del comportamiento competitivo de las matrices, caso en el cual, conforme a lo establecido por el apartado 4, artículo 2, del Reglamento de concentraciones, para determinar si la operación es compatible con el mercado común, se valorará de acuerdo a los criterios establecidos en los apartados 1 y 3 del artículo 81 del TCE (art. 101 TFUE). *Vid.* GONZALEZ-DIAZ, Francisco Enrique y CARPI BADIA, Josep María; *ob cit*, pág. 647 y apartados 1 y 3 del artículo 101 del TFUE, versión consolidada publicada en el DOUE C 83 de 30 de marzo de 2010. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/es/treaties/index.htm>;

²¹⁸ *Vid.* Apartado 4, Artículo 3, Reglamento (CE) 139/2004, de 20 de enero de 2004, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004R0139:ES:HTML>.

Pues bien, existen determinados criterios que prueban esta capacidad de operar como cualquier otra empresa en determinado mercado, con una vocación de permanencia, a saber: disponer de un cuerpo directivo que gestione el día a día de las operaciones de la empresa, tener acceso a recursos financieros, humanos y contar con activos de carácter material e inmaterial²¹⁹.

Ahora bien, que una empresa en participación tenga plenas funciones significa que, desde el punto de vista funcional, es económicamente independiente. Sin embargo, la independencia económica no implica que la empresa común sea independiente para adoptar sus decisiones estratégicas. Así pues, el criterio de plenas funciones se ajusta más a un concepto de autonomía económica que a una autonomía decisoria. A pesar de ello, la

²¹⁹ Vid. Apartado 94, Comunicación Consolidada de 10 de julio de 2007, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:095:0001:0048:ES:PDF> y Decisión de la Comisión de 4 de julio de 2003, asunto COMP/M.3134, *Arcelor/Umicore/Duology JV*, publicada en el DOUE C 186 de 6 de agosto de 2003, pág. 27, disponible en http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases/decisions/m3134_fr.pdf; Decisión de la Comisión de 23 de mayo de 2006, asunto COMP/M.4203, *Bayerngas/Deutsche Essent/Novogate JV*, publicada en el DOUE C 137 de 10 de junio de 2006, pág. 2, disponible en http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases/decisions/m4203_20060523_20310_en.pdf y Decisión de la Comisión de 9 de marzo de 2005, asunto COMP/M.3643, *Sephora/El Corte Inglés/JV*, publicada en el DOUE C 188 de 2 de agosto de 2005, pág. 11, disponible en http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases/decisions/m3643_20050309_20310_es.pdf

A propósito de la necesidad de contar con activos propios de carácter material o inmaterial, los recursos humanos de la empresa común no deben ser necesariamente empleados directos de la empresa en participación, sino que pueden ser contratados a través de acuerdos con terceros o mediante oficinas de empleo temporal, si esto es habitual en la práctica del sector en el que opera la empresa. Inclusive, es posible que las matrices pongan a disposición de la empresa común personal, durante un periodo inicial o permanentemente, siempre y cuando la relación entre las matrices y la empresa común sea igual que la relación existente de manera habitual entre la empresa común y terceros, es decir, acorde a unas relaciones comerciales normales, carentes de favores especiales entre ellas. Vid. Apartado 94, Comunicación Consolidada de 10 de julio de 2007, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:095:0001:0048:ES:PDF>

empresa no deja de ser considerada una entidad con plenas funciones a efectos de aplicar el Reglamento de concentraciones²²⁰.

Así las cosas, no se considera que una empresa común desempeña funciones plenas si esta se dedica, únicamente, a ejecutar una función concreta de la actividad empresarial de las matrices, como sucede en los casos de empresas comunes dedicadas únicamente a investigación y desarrollo (I+D), a la distribución o venta de productos o servicios de las matrices o a la tenencia de bienes inmuebles pertenecientes a estas²²¹.

Un antecedente de este tipo de operaciones en el sector eléctrico se encuentra en el caso *Electrabel/Energia Italiana/Interpower*. En el mismo, las compañías Electrabel y Energía, adquirieron conjuntamente (a través de una empresa-vehículo específicamente creada para este efecto) la empresa italiana de producción de electricidad Interpower. Según el acuerdo de adquisición, en esta operación, Interpower no tendría clientes propios, ni una estrategia comercial independiente y, en consecuencia, la mayor parte de su volumen de negocios dependería de las ventas a sus empresas matrices. Por estas razones, para la Comisión, esta operación no cumplía con los requisitos de una empresa en participación con plenas funciones y, por lo tanto, no podía ser considerada como una concentración a efectos de aplicación el Reglamento de concentraciones²²².

²²⁰ Vid. Apartado 93, Comunicación Consolidada de 10 de julio de 2007, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:095:0001:0048:ES:PDF>

²²¹ Consideración distinta merecen las empresas en participación que gestionan de manera activa y a nombre propio, activos inmobiliarios de las matrices; aspectos que indican la posible existencia de plenas funciones. Vid Apartados 95 y 96, Comunicación Consolidada de 10 de julio de 2007, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:095:0001:0048:ES:PDF>

²²² Vid. Decisión de la Comisión de 23 de diciembre de 2002, asunto COMP/M.3003, *Electrabel/Energia Italiana/Interpower*, publicado en el DOUE C 25 de 1 de febrero de 2003, pág. 2, disponible en http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases/decisions/m3003_en.pdf

En los supuestos de compras o ventas de la empresa común a las matrices, hay que tener presente que, en un periodo inicial, es posible que la empresa común dependa -exclusivamente- de sus relaciones comerciales con las matrices, sin que, por este hecho, pierda su connotación de empresa con plenas funciones, según el criterio expresado por la Comisión. Para esta última, un periodo inicial que no exceda de tres años, es comprensible como tiempo necesario para que la empresa común penetre en el mercado y, mientras tanto, sostenga la mayoría de sus relaciones comerciales con las matrices²²³.

Ahora bien, si después de un periodo inicial, la empresa común mantiene un nivel de ventas elevado a las matrices, hay que tener presente la proporción que representan estas ventas en el conjunto total de la producción de la empresa común, a fin de determinar su independencia desde el punto de vista funcional. En este sentido, la Comisión es consciente de que es imposible definir un ratio puntual de ventas por encima o por debajo del cual se prueba esta independencia. La misma dependerá del análisis de cada caso en particular.

No obstante, se considera que un volumen de negocios con terceros superior al 50%, es indicador de la existencia de plenas funciones; un volumen inferior requerirá el examen detallado de la autoridad de competencia, teniendo presente que resulta fundamental, en estos casos, probar que la empresa común trata comercialmente con sus matrices como

²²³ Vid. Apartado 97, Comunicación Consolidada de 10 de julio de 2007, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:095:0001:0048:ES:PDF> y Decisión de la Comisión de 3 de mayo de 2005, asunto COMP/M.3178, *Bertelsmann/Springer/JV*, publicada en el DOUE L 61 de 2 de marzo de 2006, pág. 17-20, disponible en http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases/decisions/m3178_20050503_20682_en.pdf.

con cualquier tercero y que suministra sus bienes o servicios al comprador que mejor los paga y valora en el mercado²²⁴.

Por último, en el supuesto de empresas en participación que operan en mercados de distribución, se les considerara como una empresa común con plenas funciones y no como un simple agente comercial de la matriz, si dispone de las instalaciones necesarias para llevar a cabo la actividad y existe la probabilidad de que una proporción importante de sus suministros provengan, no sólo de sus matrices, sino también de otros proveedores competidores²²⁵.

2.3.2. Permanencia.

Para que la constitución de una empresa en participación con plenas funciones sea considerada como una concentración, debe concurrir un requisito adicional: la vocación de permanencia de la empresa común. Esta vocación de permanencia se puede probar mediante la asignación, por parte de las matrices, de recursos económicos, físicos, inmateriales, etc, a la empresa en participación, que demuestren la intención de que el proyecto común permanezca con una vocación prolongada en el tiempo.

En este sentido, respecto a los acuerdos en los que se fija un periodo de duración determinado de la empresa común, se considerará que existe el ánimo de permanencia, si el período fijado es lo suficientemente extenso para que se produzca un cambio duradero

²²⁴ Vid. Apartado 98, Comunicación Consolidada de 10 de julio de 2007, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:095:0001:0048:ES:PDF> y Decisión de la Comisión de 9 de abril de 1996, asunto IV/M.556, *Zeneca/Vanderhave*, publicada en el DOUE C 188 de 28 de junio de 1996, pág 10, disponible en http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases/decisions/m556_en.pdf

²²⁵ Vid. Apartado 102, Comunicación Consolidada de 10 de julio de 2007, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:095:0001:0048:ES:PDF>

en la estructura de las empresas afectadas o cuando el acuerdo contempla que la empresa en participación pueda seguir existiendo después del término inicial pactado²²⁶.

No obstante, cuando la vida de la empresa común es determinada y breve porque su creación responde a la intención de las matrices de desarrollar un proyecto de carácter concreto, que limita la vida de la empresa común, no se considera aplicable el Reglamento de concentraciones, a estas operaciones.

Tampoco habrá lugar a la aplicación del Reglamento de concentraciones en situaciones en las que el comienzo de las actividades de la empresa común está condicionada por decisiones de terceros fundamentales para el inicio de su actividad: adjudicaciones de contratos, obtención de licencias administrativas, derechos de acceso, etc. En estas circunstancias, la incertidumbre sobre el desarrollo de la actividad de la empresa común, hace que no se pueda determinar la existencia permanente de plenas funciones económicas y, en consecuencia, considerar que existe una concentración. Ahora bien, una vez que la empresa en participación obtenga uno de estos derechos, y, de este modo, pueda desarrollar plenamente sus actividades, podría ser de aplicación el Reglamento de concentraciones²²⁷.

²²⁶ Vid. Apartado 103, Comunicación Consolidada de 10 de julio de 2007, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:095:0001:0048:ES:PDF>; Decisión de la Comisión de 7 de octubre de 1996, asunto IV/M.791, *British Gas Trading Ltd/Group 4 Utility Services Ltd*, publicado en el DOUE C 374 de 11 de diciembre de 1996, pág 8, disponible en http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases/decisions/m791_en.pdf y Decisión de la Comisión de 13 de noviembre de 1997, asunto IV/M.975, *Albacom/BT/ENI*, publicado en el DOUE C 369 de 6 de diciembre de 1997, pág 8, disponible en http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases/decisions/m975_en.pdf

²²⁷ Vid. Apartado 104, Comunicación Consolidada de 10 de julio de 2007, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:095:0001:0048:ES:PDF>

2.4. Consideraciones sobre determinadas operaciones de concentración.

Conforme a la normativa comunitaria, deben ser consideradas como una sola concentración, las operaciones estrechamente conectadas que están relacionadas entre sí mediante una condición. También deben ser así consideradas las transacciones sobre títulos mobiliarios realizadas en un plazo breve de tiempo²²⁸.

Respecto a las operaciones interrelacionadas mediante condición, en éstas se debe analizar la finalidad económica perseguida por las partes, para determinar si las transacciones involucradas tienen carácter interdependiente. En este orden de ideas, el análisis se centra en verificar si esta interdependencia es tal que no se habría podido ejecutar una operación sin la otra y, de esta manera, ser analizadas como una sola operación de concentración²²⁹.

Del mismo modo, en este tipo de operaciones debe tenerse en cuenta que varias transacciones relacionadas entre sí mediante condición, sólo pueden ser tratadas como una única concentración si, finalmente, el control lo adquiere una misma empresa o

²²⁸ Vid. Considerando 20, Reglamento (CE) 139/2004, de 20 de enero de 2004, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004R0139:ES:HTML>.

²²⁹ Vid. SOAMES, Trevor y RAMOS GÓMEZ, Álvaro; "Changes in EC Merger Control", en: *Derecho de la Competencia Europeo y Español*, Editorial Dykinson, Volumen VI, Madrid, 2005, pág. 320; CHILD, Graham y BELLAMY, Christopher; *ob cit*, pág. 652-656; Sentencia del 23 de febrero de 2006, asunto T-282/02, *Cementbouw/Comisión*, publicada en la recopilación de jurisprudencia de 2006, pág. II-00319, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62002A0282:ES:HTML> y apartados 38-47, Comunicación Consolidada de 10 de julio de 2007, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:095:0001:0048:ES:PDF>

varias empresas involucradas en la operación, determinándose así el carácter unitario de la concentración²³⁰.

Por otra parte, cuando una concentración se ejecute mediante sucesivas adquisiciones de partes de una o varias empresas, durante un período de dos años y entre los mismos intervinientes, se deben considerar todas estas operaciones como una sola concentración, llevada a cabo en la fecha de la última operación²³¹.

Según el criterio sostenido por la Comisión, esta disposición también es de aplicación a dos o más transacciones llevadas a cabo entre las mismas empresas si se realizan simultáneamente, siempre y cuando lleven a adquirir el control por parte de la misma empresa. En estos casos, las transacciones simultáneas entre las mismas partes forman una única concentración²³².

2.5. Dimensión comunitaria de la operación de concentración.

La dimensión comunitaria de una operación de concentración se determina por la superación de unos umbrales económicos, expresamente fijados por el Reglamento de concentraciones. Por consiguiente, aquellas operaciones que superen las cuantías fijadas por la norma, tendrán dimensión comunitaria. De esta manera, si la operación también se

²³⁰ Vid. Apartado 41, Comunicación Consolidada de 10 de julio de 2007, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:095:0001:0048:ES:PDF>

²³¹ Vid. Apartado 2, artículo 5, Reglamento (CE) 139/2004, de 20 de enero de 2004, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004R0139:ES:HTML>.

²³² Vid. Apartado 50, Comunicación Consolidada de 10 de julio de 2007, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:095:0001:0048:ES:PDF>

ajusta al concepto de concentración fijado por la Comisión, serán evaluadas por la autoridad comunitaria²³³.

Sobre la base de este concepto, hay que indicar que el sistema de umbrales está concebido como un medio para determinar la jurisdicción competente, ya que permite determinar si una operación de concentración debe ser examinada por la autoridad de competencia de un Estado miembro o por la Comisión Europea²³⁴.

Así las cosas, una operación de concentración tiene dimensión comunitaria si el volumen total de negocios²³⁵ a escala mundial, realizado por el conjunto de las empresas afectadas²³⁶ por la concentración, supera los 5.000 millones de euros y si el volumen total

²³³ Evaluación originada como consecuencia de un deber de notificación a la Comisión de toda concentración con dimensión comunitaria, previamente a su ejecución. *Vid.* Artículo 4, Reglamento (CE) 139/2004, de 20 de enero de 2004, publicado en el DOUE L 24 de 29 de enero de 2004, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004R0139:ES:HTML> y apartados 154 al 156, Comunicación Consolidada de 10 de julio de 2007, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:095:0001:0048:ES:PDF>

²³⁴ *Vid.* Apartado 127, Comunicación Consolidada de 10 de julio de 2007, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:095:0001:0048:ES:PDF>

²³⁵ Volumen de negocios que se traduce en el valor obtenido por la venta de productos y la prestación de servicios, cuyo cálculo debe realizarse conforme a las pautas fijadas por el artículo 5 del Reglamento (CE) 139/2004 y a las orientaciones de la Comunicación Consolidada de 10 de julio de 2007, apartados 157 al 168, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:095:0001:0048:ES:PDF>

²³⁶ Con el propósito de aplicar claramente los artículos 1 y 5 del Reglamento de Concentraciones, la Comisión ha desarrollado puntualmente el concepto de “empresas afectadas”. En este sentido, para calcular el volumen de negocios de empresas afectadas en una concentración, deben seguirse los criterios establecidos en la Comunicación Consolidada, apartados 129 al 153. De este modo, por ejemplo, en casos de operaciones de fusión, las empresas afectadas serán “cada una de las entidades que se fusionan”, mientras que en los casos de adquisición exclusiva de control, las empresas afectadas serán “la empresa adquirente y la empresa objetivo”. *Cfr.* Comunicación

de negocios a escala comunitaria, realizado individualmente por al menos dos de las empresas afectadas, supera los 250 millones de euros²³⁷.

No obstante, una operación que supere estos umbrales no tendrá dimensión comunitaria si cada una de las empresas afectadas realiza, en un mismo Estado miembro, más de dos tercios de su volumen total de negocios comunitario²³⁸.

Ahora bien, debido a las elevadas cifras que representan estos umbrales, la Comisión ha contemplado otros casos de operaciones que deben ser consideradas concentraciones con dimensión comunitaria, a pesar de no alcanzar tales umbrales.

A este respecto cabe citar las situaciones previstas en el apartado 3, del artículo 1, del Reglamento de concentraciones²³⁹. En esta norma, se determina que tienen dimensión comunitaria las operaciones en que el volumen total de negocios realizado por el conjunto de las empresas afectadas, supera los 2.500 millones de euros a escala mundial. También tendrán esta connotación las operaciones en que el volumen total de negocios, realizado en al menos tres Estados miembros por el conjunto de las empresas afectadas, supere los 100 millones de euros en cada uno de estos Estados. Lo mismo ocurre con las

Consolidada de 10 de julio de 2007, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:095:0001:0048:ES:PDF>

²³⁷ Vid. DOMINGUEZ PEREZ, Eva; *ob cit*, pág. 151 y apartado 2, artículo 1, Reglamento (CE) 139/2004, de 20 de enero de 2004, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004R0139:ES:HTML>.

²³⁸ *Ibidem*.

²³⁹ Umbrales introducidos originariamente por el Reglamento (CE) 1310/97, de 30 de junio de 1997, publicado en el DOUE L 180 de 9 de julio de 1997 y mantenidos en el nuevo Reglamento de Concentraciones. Vid. TOSATO, Gian Luigi y BELLODI, Leonardo; *“EU Competition Law”*, Vol. I, Editorial Claeys & Casteels, Leuven, 2006, pág. 297.

operaciones en que al menos en tres Estados miembros, el volumen total de negocios, realizado individualmente por al menos dos de las empresas afectadas, supera los 25 millones de euros en cada uno de dichos Estados.

De la misma manera, también tendrán dimensión comunitaria aquellos casos en que el volumen de negocios total, a escala comunitaria, realizado individualmente, por al menos dos de las empresas afectadas, supere los 100 millones de euros, salvo que cada una de las empresas afectadas, realice más de dos tercios del volumen total de negocios en la Comunidad, en un mismo estado miembro²⁴⁰.

Ahora bien, a pesar de que una concentración se ajuste a cualquiera de las anteriores condiciones, la operación no tendrá dimensión comunitaria, si cada una de las empresas afectadas realiza más de dos tercios de su volumen total de negocios en la Comunidad, en un mismo Estado miembro.

En casos de concentraciones que carezcan de dimensión comunitaria y que sean susceptibles de ser analizadas en al menos tres Estados miembros, las partes involucradas en la operación podrán informar a la Comisión, con anterioridad a cualquier notificación a las autoridades nacionales, proponiendo el estudio de la operación por la autoridad comunitaria²⁴¹.

De la misma manera, uno o varios Estados miembros pueden solicitar a la Comisión que examine cualquier concentración que se ajuste al concepto de concentración establecido

²⁴⁰ Vid. FURSE, Mark; *"Competition Law of the EC and UK"*, Editorial Oxford University Press, Oxford, 2006, pág. 350-351 y apartados 4 y 5, artículo 1, Reglamento (CE) 139/2004, publicado en el DOUE L 24 de 29 de enero de 2004, pág. 1-22. Hay que tener presente que los umbrales establecidos en el artículo 1, serán objeto de revisión por la Comisión antes del primero de julio del 2009.

²⁴¹ Vid. Apartado 5, artículo 4, Reglamento (CE) 139/2004, de 20 de enero de 2004, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004R0139:ES:HTML>

en artículo 3 del Reglamento, pero que no tenga dimensión comunitaria. El argumento válido para tramitar esta solicitud es que la operación afecta al comercio entre Estados miembros y, asimismo, puede afectar de forma significativa a la competencia en el territorio del Estado miembro o de los Estados miembros que presentan la solicitud²⁴².

Como colofón, debemos puntualizar que, a pesar de que el Reglamento de concentraciones define con acierto las operaciones que deben ser consideradas como concentraciones -y que en consecuencia implican distintos grados de integración empresarial-, en la evaluación de estas operaciones cobra una relevancia determinante el análisis de los efectos económicos desencadenados por la operación, más que la técnica jurídica utilizada para su materialización que, como ya vimos, comprende un abanico muy amplio de posibilidades.

2.6. Valoración sustantiva de las concentraciones de empresas.

Como ya lo hemos anticipado, la Comisión, a la hora de evaluar una operación de concentración, pretende determinar si esta es compatible o incompatible con el mercado común. El criterio que determina esta compatibilidad es el de la obstaculización de la competencia efectiva, consagrado en el artículo 2.3. del Reglamento 139/2004. En este artículo se establece que “Las concentraciones que sean susceptibles de obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo, en particular como consecuencia de la creación o refuerzo de una posición dominante²⁴³, se declararán incompatibles con el mercado común”.

²⁴² Vid. Apartado 1, artículo 22, Reglamento (CE) 139/2004, de 20 de enero de 2004, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004R0139:ES:HTML>.

²⁴³ Posición dominante entendida como “una situación de poder económico en que se encuentran una o varias empresas y que les permite impedir que haya una competencia efectiva en el mercado de que se trate, confiriéndoles la posibilidad de comportarse con un grado apreciable de independencia frente a sus competidores, sus clientes y,

Este criterio sustantivo es más amplio que el criterio del Reglamento 4064/89, fundamentado exclusivamente en la creación o el refuerzo de una posición de dominio²⁴⁴. Así pues, de la redacción del artículo 2.3. podemos puntualizar que la Comisión declarará incompatible con el mercado común aquellas concentraciones que puedan obstaculizar significativamente la competencia en este mercado, como consecuencia de la creación o refuerzo de una posición de dominio, o como consecuencia de cualquier otra circunstancia que obstaculice la competencia efectiva, como por ejemplo, los efectos anticompetitivos derivados del ejercicio del poder de mercado²⁴⁵.

En la práctica, la evaluación de las concentraciones por parte de la Comisión, normalmente, implica la definición del mercado de producto, la definición del mercado

finalmente, los consumidores”. Cfr. Fundamento 30, Sentencia del Tribunal de Justicia del 9 de noviembre de 1983, *Micelin/Comisión*, 322/81, publicada en la Recopilación de Jurisprudencia de 1983, pág. 3461n y apartado 2, Directrices de la Comisión sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones, publicada en el DOUE C 031 de 05 de febrero de 2004, pág. 5 – 18, disponible en [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52004XC0205\(02\):ES:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52004XC0205(02):ES:HTML). Vid. SCHRÖTER, Helmut; “Merger Control: Why and How”, en: *Derecho de la Competencia Europeo y Español*, Volumen VII, Editorial Dykinson, Madrid, 2007, pág. 314 y apartado 2, artículo 2, Reglamento (CE) 139/2004, de 20 de enero de 2004, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004R0139:ES:HTML>.

²⁴⁴ En efecto, el artículo 2.2. del Reglamento 4064/89, establecía que “Se declararán compatibles con el mercado común las operaciones de concentración que no supongan un obstáculo significativo para una competencia efectiva, al no crear ni reforzar posición dominante alguna en el mercado común o en una parte substancial del mismo”. Cfr. Artículo 2.2., Reglamento (CEE) No. 4064/89, de 21 de diciembre de 1989, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31989R4064:EN:HTML>

²⁴⁵ Vd. BELLO MARTIN-CRESPO, María Pilar; “Control de Concentraciones de Empresas”, en: *Derecho de la Libre Competencia Comunitario y Español*, Editorial Thomson-Aranzadi, Navarra, 2009, pág. 357.

geográfico y la evaluación de la concentración desde el punto de vista de la competencia²⁴⁶.

La finalidad principal de la definición de los mercados de referencia (de producto y geográfico²⁴⁷) es identificar las presiones competitivas inmediatas a que tiene que hacer frente la empresa resultante de la concentración. En este sentido, según la autoridad comunitaria, “la definición de mercado, tanto desde el punto de vista del producto como de su dimensión geográfica, debe permitir identificar a aquellos competidores reales de las empresas afectadas que pueden limitar el comportamiento de éstas o impedirles actuar, con independencia de cualquier presión que resulta de una competencia efectiva”²⁴⁸. Además, la definición de estos mercados “permite determinar y definir los

²⁴⁶ Vid. Apartado 10, Directrices de la Comisión sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones, publicada en el DOUE C 031 de 05 de febrero de 2004, pág. 5 – 18, disponible en [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52004XC0205\(02\):ES:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52004XC0205(02):ES:HTML).

²⁴⁷ El mercado geográfico de referencia “está constituido por un territorio en el que las empresas afectadas intervienen en la oferta y la demanda de bienes y servicios, en el que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de los territorios vecinos, en particular, porque las condiciones de competencia son notablemente diferentes de las de dichos territorios” por su parte el mercado de producto de referencia “comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos”. Cfr. Apartado 7, artículo 9, Reglamento (CE) 139/2004, de 20 de enero de 2004, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004R0139:ES:HTML> y apartado 7, Comunicación de la Comisión sobre la definición del mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia, publicada en el DOUE C 372 de 09 de diciembre de 1997, pág. 5–13 y disponible en [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997Y1209\(01\):ES:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997Y1209(01):ES:HTML).

²⁴⁸ Cfr. Apartado 2, Comunicación de la Comisión sobre la definición del mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia, disponible en [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997Y1209\(01\):ES:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997Y1209(01):ES:HTML).

límites de la competencia entre empresas, así como establecer el marco dentro del cual la Comisión aplica la política de competencia”²⁴⁹.

Ahora bien, el análisis de los efectos en materia de competencia de una concentración, dependerá de si las empresas involucradas en la concentración son competidores reales o potenciales en el mismo mercado de referencia (caso en el cual estaremos en presencia de una concentración horizontal) o si las empresas involucradas operan en mercados de referencia diferentes (caso en el cual estaremos en presencia de una concentración no horizontal).

A este respecto, vale la pena mencionar que las concentraciones horizontales pueden obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva, en particular al crear o reforzar una posición dominante, mediante dos maneras. La primera de ellas, eliminando gran parte de la presión competitiva sobre una o varias empresas, incrementando así su poder de mercado sin tener que recurrir a un comportamiento coordinado, consecuencia conocida como efectos no coordinados. La segunda manera, cambiando la naturaleza de la competencia, de tal manera que resulte mucho más probable que empresas que previamente no coordinaban su comportamiento lo hagan, suban sus precios o perjudiquen por otros medios la competencia efectiva. También, a raíz de la concentración, se puede facilitar o hacer más estable o efectiva la coordinación entre empresas que ya se coordinaban antes de la concentración. Estas consecuencias se conocen como efectos coordinados²⁵⁰.

²⁴⁹ *Ibidem*.

²⁵⁰ *Vid.* Apartado 9, Directrices de la Comisión sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones, disponible en [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52004XC0205\(02\):ES:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52004XC0205(02):ES:HTML); CHURCH, Jeffrey; “*The Impact of Vertical and Conglomerate Mergers on Competition*”, Calgary, Septiembre, 2004, pág. 3, estudio preparado para la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea y disponible en http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/others/merger_impact.pdf y BISHOP, Simon; LOFARO, Andrea y

En punto a las concentraciones no horizontales, el Derecho de la Competencia, las clasifica en dos categorías, la primera de ellas las concentraciones verticales y, la segunda, las concentraciones de conglomerados. Por concentración vertical se entiende una operación que involucra empresas que operan en diferentes niveles de la misma cadena económica (producción y/o distribución), por ejemplo cuando un productor de un bien se fusiona con un distribuidor del mismo. Por otra parte, las concentraciones de conglomerados hacen referencia a concentraciones entre empresas que operan en diferentes mercados que no están relacionados ni horizontal ni verticalmente²⁵¹.

En general, las concentraciones no horizontales pueden obstaculizar la competencia efectiva de dos formas, mediante efectos no coordinados y/o mediante efectos coordinados. Los efectos no coordinados se generan a raíz de la exclusión o cierre del mercado que puede tener lugar como consecuencia de una operación de concentración. La exclusión o de cierre del mercado se presenta cuando, a raíz de la concentración, competidores reales o potenciales de las empresas involucradas en la operación, encuentran obstaculizado el acceso al mercado (a clientes, a activos) o restringido completamente su acceso, reduciéndose así los incentivos y/o la capacidad de estas empresas para competir. Como consecuencia de esa exclusión, las empresas involucradas en la concentración y, probablemente, algunos de sus competidores reales, pueden buscar un aumento en su rentabilidad incrementando los precios a los consumidores o usuarios,

ROSATI, Franceso; "Turning the Tables: Why Vertical and Conglomerate Mergers are Different", en: *European Competition Law Review*, numero 27, entrega 7, Editorial Thomson - Sweet & Maxwell, Oxford, 2006, pág. 406.

²⁵¹. Vid. CHILD, Graham y BELLAMY, Christopher; *ob cit*, pág 766 y Considerandos 3 a 5 y 19 a 19, Directrices de la Comisión sobre la evaluación de las concentraciones no horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas. Publicada en el DOUE C 265 de 18 de octubre de 2008 pág. 6-25 y disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:265:0006:01:ES:HTML>

lo que va en detrimento de la competencia efectiva y del consumidor final. A esta situación se le conoce como cierre anticompetitivo del mercado²⁵².

Por su parte, los efectos coordinados surgen cuando la concentración cambia la naturaleza de la competencia, de tal modo que las empresas que anteriormente a la operación no coordinaban su comportamiento, tienen, ahora, más posibilidades de hacerlo, incrementando los precios o de cualquier otro modo que lesione la competencia efectiva. Del mismo modo, una concentración también puede facilitar la coordinación de conductas, hacerla más estable o más efectiva para aquellas empresas que coordinaban su comportamiento con anterioridad a la operación²⁵³.

Ahora bien, si estamos en presencia de una concentración horizontal, el enfoque general de la Comisión a la hora de evaluar los efectos sobre la competencia de este tipo de operaciones, lo encontramos en el documento “Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas”²⁵⁴. Por su parte, si estamos en presencia de una

²⁵² *Ibidem*.

²⁵³ *Ibidem*.

²⁵⁴ Directrices de la Comisión sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones, disponible en [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52004XC0205\(02\):ES:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52004XC0205(02):ES:HTML). Respecto a la interpretación de estas Directrices, la Comisión aclara que “Si bien la presente Comunicación expone el enfoque analítico utilizado por la Comisión en su valoración de las concentraciones horizontales, no puede proporcionar detalles de todas las posibles aplicaciones de este enfoque. La Comisión aplica el enfoque descrito en esta Comunicación de una manera flexible, en función de los hechos y las circunstancias particulares de cada caso”. Cfr. Apartado 5, Directrices de la Comisión sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones, disponible en [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52004XC0205\(02\):ES:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52004XC0205(02):ES:HTML).

concentración no horizontal, el enfoque de valoración de la Comisión, lo encontraremos en el documento “Directrices de la Comisión sobre la evaluación de las concentraciones no horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas”²⁵⁵.

Sobre los efectos en materia de competencia de una concentración, es muy importante subrayar que algunas operaciones de concentración empresarial (especialmente en el sector eléctrico) pueden generar efectos propios de concentraciones horizontales y no horizontales. Esta situación se puede presentar, en general, cuando las empresas participantes en la concentración no sólo se hallan en una relación vertical o de conglomerado, sino cuando también son competidores reales o potenciales entre sí, en uno o varios mercados de referencia afectados. En estos casos, la Comisión se ocupa de evaluar todos los efectos – de tipo horizontal, vertical y/o de conglomerado- que se originen como consecuencia de la operación²⁵⁶. En el sector eléctrico, este caso es frecuente, por ejemplo, en aquellas concentraciones en las que participan empresas activas en diferentes mercados del sector eléctrico y del sector del gas.

En la práctica, a la hora de identificar los efectos anticompetitivos de una concentración, la Comisión “compara las condiciones competitivas que se derivarían de la concentración notificada con las condiciones que prevalecerían de no producirse la concentración. En la mayoría de los casos, las condiciones competitivas existentes en el momento de la

²⁵⁵ Directrices de la Comisión sobre la evaluación de las concentraciones no horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas. Publicada en el DOUE C 265 de 18 de octubre de 2008, pág. 6-25, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:265:0006:01:ES:HTML>

²⁵⁶ *Vid.* Apartado 7, Directrices de la Comisión sobre la evaluación de las concentraciones no horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:265:0006:01:ES:HTML>

concentración constituyen la referencia comparativa pertinente para evaluar los efectos de una concentración. Sin embargo, en determinadas circunstancias, la Comisión puede tener en cuenta los futuros cambios que resulten razonablemente predecibles en el mercado. A la hora de considerar cuál es la mejor comparación, puede tener en cuenta, en particular, las posibles entradas de empresas en el mercado, o las salidas, en el supuesto de que no se produjera la concentración”²⁵⁷.

Para llevar a cabo este análisis, la autoridad comunitaria debe conocer previamente la estructura del mercado de referencia afectado y la posición que ocupan en el mercado de referencia las empresas involucradas en la concentración. Con este propósito, la Comisión analiza el grado de concentración del mercado de referencia y la cuota de mercado de las empresas participantes en la concentración. En palabras de esta autoridad, estos criterios “proporcionan unas indicaciones preliminares de la estructura del mercado y de la importancia competitiva tanto de las partes de la concentración como de sus competidores”²⁵⁸.

Para determinar el grado de concentración del mercado de referencia (o relevante), es común que la Comisión aplique la metodología del índice Herfindahl-Hirschman (IHH). Este índice tiene sus antecedentes en el documento denominado “horizontal merger guidelines” -elaborado en 1992 por el Departamento de Justicia y la Comisión Federal de

²⁵⁷ Cfr. Apartado 9, Directrices de la Comisión sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones, disponible en [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52004XC0205\(02\):ES:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52004XC0205(02):ES:HTML).

²⁵⁸ Cfr. Apartado 14, Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas, publicado en el DOUE C 031 de 5 de febrero de 2004, pág. 5-18. Disponible en [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52004XC0205\(02\):ES:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52004XC0205(02):ES:HTML)

Comercio de los Estados Unidos²⁵⁹ - y se obtiene sumando el cuadrado de las cuotas de mercado que tiene cada una de las empresas participantes en la concentración.

De acuerdo al criterio del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, si después de haber realizado el cálculo anteriormente descrito, el resultado es inferior a 1000 (IHH inferior a 1000), la concentración se refiere “a un mercado poco concentrado y normalmente no tendrá efectos sobre la competencia”²⁶⁰.

Si el IHH se encuentra entre 1000 y 1800 puntos, los mercados están moderadamente concentrados y en este sentido, si la concentración produce un incremento en este índice de menos de 100 puntos (delta), se considera que la operación no tendrá efectos sobre la competencia. Por el contrario, si tras el cálculo, el índice se ve alterado en más de 100 puntos, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, la concentración podría engendrar riesgos para la competencia²⁶¹.

Si tras la concentración, el IHH supera 1800 puntos, se considera que los mercados que están involucrados en la operación están muy concentrados. En este sentido, si tras la concentración este índice aumenta menos de 50 puntos, en teoría, no se generarían efectos perjudiciales para la competencia. Por el contrario, si tras la concentración, este

²⁵⁹ Documento sometido a varias revisiones, como la realizada en 1997 en materia de eficiencias. Documento disponible en <http://www.ftc.gov/bc/docs/horizmer.shtm>

²⁶⁰ Cfr. ARPÓN DE MENDIVIL Y DE ALDAMA, Almudena; “La Nueva Regulación sobre Concentraciones Empresariales en España”, en: *El Nuevo Derecho Comunitario y Español de la Competencia*, Editorial Bosch, Barcelona, 2002, pág. 351.

²⁶¹ Vid. ARPÓN DE MENDIVIL Y DE ALDAMA, Almudena; “La Nueva Regulación sobre Concentraciones Empresariales en España”, en: *El Nuevo Derecho Comunitario y Español de la Competencia*, Editorial Bosch, Barcelona, 2002, pág. 351.

índice aumenta más de 50 puntos, podrían existir problemas para la competencia. Finalmente, si este índice aumenta más de 100 puntos “se considera que la operación de concentración normalmente creará o reforzará una posición dominante”²⁶².

Así las cosas, el grado de concentración de un mercado, calculado mediante el IHH, indica la presión competitiva en el mercado después de la concentración. Este índice ayuda a determinar si el mercado bajo estudio es poco concentrado, medianamente concentrado o altamente concentrado. Por su parte, un cambio en el IHH -conocido como delta- es un indicador útil para determinar el cambio en el grado de concentración del mercado, directamente derivado de la operación de concentración.

En el análisis de concentraciones evaluadas por la autoridad comunitaria, el IHH a partir del cual se podría entender que de la concentración proyectada se pueden derivar problemas de competencia, depende de si la concentración bajo examen es de carácter horizontal o no horizontal. Por ejemplo, tratándose del IHH obtenido en el análisis de concentraciones horizontales, es improbable que la Comisión detecte problemas de competencia en un mercado que después de la concentración tenga un IHH inferior a 1000. Para la Comisión, en estas concentraciones no es necesario hacer un análisis detallado de estos mercados²⁶³.

Asimismo, es improbable que la Comisión encuentre problemas de competencia horizontal en una concentración que dé lugar a un IHH de entre 1000 y 2000, y a un delta inferior a 250. Del mismo modo, la Comisión entiende que no genera problemas de

²⁶² Cfr. ARPÓN DE MENDIVIL Y DE ALDAMA, Almudena; “La Nueva Regulación sobre Concentraciones Empresariales en España”, en: *El Nuevo Derecho Comunitario*..., ob cit, pág. 352.

²⁶³ Vid. Apartado 19, Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas, disponible en [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52004XC0205\(02\):ES:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52004XC0205(02):ES:HTML)

competencia una concentración que arroje un IHH superior a 2000 y un delta inferior a 150. No obstante, en estos casos, estos índices no son indicios de ausencia de problemas de competencia cuando se presentan circunstancias especiales como²⁶⁴:

- Que se trate de una concentración en la que participe un operador potencial o recién incorporado al mercado con una pequeña cuota de mercado.
- Que se trate de una concentración en la que una o varias de las partes involucradas son innovadores importantes en un sentido que no se refleja en las cuotas de mercado.
- Que haya un elevado volumen de participaciones cruzadas entre los operadores del mercado.
- Que una de las empresas participantes en la concentración sea una empresa que muy probablemente romperá una conducta coordinada.
- Que respecto a las empresas involucradas, haya indicios de coordinación o de prácticas que la hayan propiciado en el pasado o en el presente.
- Que una de las partes tenga, antes de la concentración, una cuota de mercado superior al 50 %.

²⁶⁴ Vid. Apartado 20, Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas, disponible en [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52004XC0205\(02\):ES:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52004XC0205(02):ES:HTML)

En el análisis de las concentraciones horizontales, el IHH otorga, proporcionalmente, un mayor peso a las cuotas de mercado de las empresas más grandes y, para la Comisión, debería calcularse incluyendo a todas las empresas participantes en el mercado involucrado en la operación. No obstante, según esta autoridad, las empresas muy pequeñas tienen poca capacidad de influencia en el IHH, por lo que la falta de información sobre este tipo de empresas, en ocasiones, carece de relevancia en su análisis²⁶⁵. Es importante tener en cuenta que estos índices ofrecen indicios respecto a la ausencia o presencia de posibles problemas de competencia derivados de la concentración, pero de ningún modo son un indicador absoluto de la existencia o inexistencia de ellos.

Ahora bien, tratándose de concentraciones no horizontales, es probable que la Comisión concluya que una concentración de esta naturaleza no plantea problemas de competencia cuando, después de la concentración, el IHH es inferior a 2000 y la cuota de mercado de la empresa resultante de la concentración, en cada uno de los mercados afectados, es inferior a 30 %. En estos casos la Comisión tampoco investiga en detalle estas concentraciones, salvo en que existan circunstancias especiales como²⁶⁶:

- La participación en la concentración de una empresa que probablemente vaya a expandirse de forma significativa en un futuro próximo a causa, por ejemplo, de una innovación reciente.

²⁶⁵ *Vd.* Apartado 16, Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas, disponible en [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52004XC0205\(02\):ES:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52004XC0205(02):ES:HTML)

²⁶⁶ *Vd.* Apartado 25, Directrices de la Comisión sobre la evaluación de las concentraciones no horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:265:0006:01:ES:HTML>

- La existencia de un elevado volumen de participaciones cruzadas entre los operadores del mercado o de los mismos consejeros en las empresas activas en el mercado.
- Cuando una de las empresas participantes en la concentración es una empresa que muy probablemente romperá la conducta coordinada.
- La existencia de indicios de coordinación o de prácticas que la propicien, en el pasado o en el presente.

Por otra parte, para determinar la posición que ocupan las empresas en el mercado de referencia, la autoridad comunitaria identifica las cuotas de mercado de las empresas involucradas en la operación de concentración. En este sentido, de acuerdo al criterio de la autoridad comunitaria, “las cuotas de mercado posteriores a la concentración se calculan partiendo de la presunción de que la cuota combinada de las partes después de la concentración equivale a la suma de sus cuotas previas a la concentración”²⁶⁷.

En punto a las concentraciones horizontales, las cuotas de mercado elevadas, es decir aquellas superiores al 50%, pueden significar por sí mismas la existencia de una posición dominante. No obstante, también hay que tener en cuenta que es posible que una concentración plantee problemas de competencia a pesar de que la cuota de mercado de la empresa resultante de la concentración se mantenga por debajo del 50%. En estos

²⁶⁷ *Cfr.* Apartado 15, Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas, publicado en el DOUE C 031 de 5 de febrero de 2004, pág. 5-18. Disponible en [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52004XC0205\(02\):ES:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52004XC0205(02):ES:HTML)

casos es importante el análisis de otros factores como el número de competidores, su fortaleza, el grado de sustituibilidad de los productos, etc²⁶⁸.

En términos generales, según la autoridad comunitaria, una concentración horizontal puede considerarse compatible con el mercado común, cuando debido a la reducida cuota de mercado de las empresas implicadas, resulte improbable que la concentración vaya a obstaculizar la competencia efectiva. En este sentido, cuando la cuota de mercado de las empresas implicadas no supera el 25% -ni en el mercado común ni en una parte sustancial de éste- se puede considerar que no se derivarán problemas de competencia después de la operación de concentración²⁶⁹.

Ahora bien, tratándose de concentraciones llevadas a cabo en el sector eléctrico, el análisis del grado de concentración del mercado y de las cuotas de mercado de las empresas involucradas, no son factores suficientes para determinar de manera concluyente los efectos anticompetitivos de la operación. Por ejemplo, a la hora de definir el alcance del poder de mercado de las empresas en determinado mercado eléctrico, no basta conocer sus cuotas de mercado y el grado de concentración del sector. También hace falta valorar otros criterios como el grado de integración vertical de la industria, el grado de transparencia del sector en cuanto a la información, el grado de

²⁶⁸ De tal forma que se han presentado casos en los que la Comisión considera que se refuerza la posición dominante a pesar de que la cuota de mercado de la empresa involucrada se sitúa por debajo del 40%. *Vid.* Apartados 98 y ss, Decisión de la Comisión de 3 de febrero de 1999, asunto IV/M.1221, *Rewe/Meinl*, publicada en el DOUE L 274 de 23 de octubre de 1999, pág. 1-22 y disponible en http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m1221_19990203_600_es.pdf

²⁶⁹ *Vid.* Apartado 18, Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas, disponible en [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52004XC0205\(02\):ES:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52004XC0205(02):ES:HTML)

integración con otros mercados eléctricos, el comportamiento de los precios y su proceso de formación en el mercado de referencia involucrado²⁷⁰, etc.

En relación al grado de integración con otros mercados eléctricos, es necesario resaltar que este es un aspecto determinante en el análisis de concentraciones en el sector, aunque su influencia en la operación dependerá del mercado geográfico afectado por la concentración. En efecto, el proceso de integración eléctrica en la U.E, tiene un desarrollo dispar en el continente, dependiendo de factores como las infraestructuras de interconexión, la capacidad de estas redes de interconexión, sus índices de congestión, la voluntad política en la construcción de nuevas infraestructuras, etc. Por esta razón, al analizar el grado de integración entre mercados eléctricos y su influencia en la concentración propuesta, el impacto difiere de una región a otra, precisamente por este desarrollo dispar.

Lo cierto es que los esfuerzos de la Comisión apuntan a un grado máximo de integración, no solo entre Europa occidental sino también con los nuevos países de Europa oriental miembros de la U.E. En este orden de ideas, puede decirse que la formación y consolidación de los mercados regionales de la electricidad, debe considerarse como una etapa previa a la completa integración del sector energético europeo²⁷¹.

²⁷⁰ Vid. Parte 2 del Reporte de la Comisión sobre las condiciones de competencia del sector energético, de 10 de enero de 2007, SEC(2006)1724, pág. 131, documento disponible en http://ec.europa.eu/competition/sectors/energy/inquiry/full_report_part2.pdf y CAMERON, Peter; “*Competition in Energy*”, segunda edición, *ob cit*, pág. 297.

²⁷¹ Sobre este proceso de integración, DENYSYUK y PARMENTIER consideran que “...En Europa se está formando una cooperación en el sector eléctrico, basada en la reciprocidad de intereses entre los países de la UE y, este proceso, se extiende progresivamente a los países vecinos...La incorporación de los países de la periferia en el mercado único de la energía, todavía en desarrollo, implica la reestructuración de la industria eléctrica, al igual que la mejora de la situación energética global. Es probable que, a largo plazo, esta integración conduzca a una progresiva convergencia entre el este y el oeste en materia energética, pero en la actualidad, lo que existe es una progresiva regionalización, que se perfila en los mercados energéticos de Europa del este...”. *Cfr.* DENYSYUK,

Ahora bien, la evaluación de una concentración empresarial tampoco se limita al análisis de sus posibles efectos anticompetitivos, sino que también tiene en cuenta los factores compensatorios de la concentración como el poder de la demanda, las posibles eficiencias alegadas por las partes²⁷², la competencia potencial, etc²⁷³.

En este sentido, además de la metodología cualitativa tradicional de análisis de los efectos de una concentración, recientemente las autoridades de competencia –comunitaria y nacionales- han estudiado los efectos de las concentraciones basados en un enfoque moderno de carácter cuantitativo que se sustenta en modelos de simulación.

Vitaliy y PARMENTIER, Florent; “L’Etablissement d’une Communauté Paneuropéenne de l’Electricité”, en: *Revue Du Marché Commun et de l’Union Européenne*. Núm. 501, Septiembre de 2006, Editorial Éditions Techniques et Economiques, París, Francia.

²⁷² Para profundizar en el estudio de las eficiencias en la evaluación de concentraciones *Vid.* ODRIOZOLA, Miguel y IRISSARRY, Isabel; “El Argumento de las Eficiencias Económicas en el Ámbito del Control de Concentraciones. Un Nuevo Desafío o una Misión Imposible?”, en: *Anuario de la Competencia 2005*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2006, pág. 239 y ss.

²⁷³ *Vid.* Apartado 12, Directrices de la Comisión sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones, disponible en [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52004XC0205\(02\):ES:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52004XC0205(02):ES:HTML). Por su parte, el Reglamento 139/2004, también hace referencia a los efectos compensatorios de la concentración al señalar que en su evaluación la Comisión tendrá en cuenta factores como: “la posición de mercado de las empresas afectadas, su fortaleza económica y financiera, las posibilidades de elección de proveedores y usuarios, su acceso a las fuentes de suministro o a los mercados, la existencia de barreras legales o de otro tipo para el acceso a dichos mercados, la evolución de la oferta y la demanda de los productos y servicios de que se trate, los intereses de los consumidores intermedios y finales, así como el desarrollo del progreso técnico o económico, siempre que éste sea en beneficio de los consumidores y no constituya un obstáculo para la competencia”. *Cfr.* Apartados a) y b), numeral 1, artículo 2, del Reglamento (CE) 139/2004, de 20 de enero de 2004, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004R0139:ES:HTML>

Así las cosas, entre los elementos más importantes en la simulación de concentraciones, se destacan los siguientes: Un modelo matemático que describe la forma en que la demanda de los productos en el mercado depende de los precios, del conocimiento de la estructura de los costes de las empresas y de otras variables; los supuestos sobre la forma en que las empresas compiten en el mercado relevante; una teoría económica que -con fundamento en las funciones de la demanda, de los costes y de los supuestos sobre el tipo de competencia- prediga cuales son y serán los precios y el valor de otras variables en la industria, antes y después de la concentración; y el calibrado de modelo, es decir, la elección de los parámetros que definen las funciones de demanda y de costes²⁷⁴.

Así pues, podemos puntualizar que la evaluación de una operación de concentración, desde la perspectiva del Ordenamiento jurídico comunitario, es un proceso *ex ante*, que implica conocer la estructura y las características propias del mercado de referencia, la posición que ocupan en este mercado las empresas involucradas, la naturaleza de la operación y sus posibles efectos anticompetitivos, confrontados con los factores compensatorios que podrían derivarse de su ejecución. Asimismo, este análisis puede incorporar modelos de simulación que permitan al evaluador un mayor conocimiento del impacto de la concentración.

Ahora bien, es necesario recordar que la Comisión, al abordar el análisis de una concentración, también tiene presente los compromisos que las partes han presentado con el propósito de eliminar o contrarrestar los posibles efectos anticompetitivos que se

²⁷⁴ Vid. JIMENEZ LATORRE, Fernando y POSADA DE LA CONCHA, Pedro; "Perspectiva Económica en la Valoración de Concentraciones", en: *La Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia*, Monografía No. 1/2008, Editorial La Ley, Madrid, 2008, pág. 356. Para los autores, este tipo de análisis es especialmente pertinente "...en la evaluación de concentraciones en mercados diferenciados, donde el enfoque tradicional ha generado más controversia debido a las limitaciones del análisis estructural. En estos casos, las cuotas de mercado pueden subestimar o sobreestimar las restricciones competitivas que las empresas se imponen entre sí". Cfr. JIMENEZ LATORRE, Fernando y POSADA DE LA CONCHA, Pedro; "Perspectiva Económica en la Valoración de Concentraciones", en: *La Ley 15/2007, de Defensa de...*, *ob cit*, pág. 355.

pueden derivar de la concentración notificada. La formulación de compromisos es una posibilidad que la normativa comunitaria ofrece a las partes para que ellas propongan soluciones que permitan declarar la concentración compatible con el mercado común.

De acuerdo a la doctrina de la Comisión, estos compromisos deben eliminar completamente los problemas de competencia y deben ser efectivamente ejecutables en un plazo breve de tiempo, teniendo en cuenta que las condiciones de competencia del mercado son dinámicas y no se prolongan hasta que se cumplen todos los compromisos²⁷⁵.

En este orden de ideas, los compromisos que pueden presentar las partes a la Comisión son de dos tipos. En primer lugar, compromisos de carácter estructural, en los que “se altera la titularidad de los derechos de propiedad mediante la venta de activos de las empresas afectadas a otras empresas”. En segundo lugar, compromisos de comportamiento, como la dirección separada de determinados activos del grupo, el acceso de terceros a las infraestructuras, la rescisión y prohibición de contratos de exclusiva, etc. En estos compromisos, “la titularidad de los derechos de propiedad de las empresas afectadas se mantiene, pero se somete su uso a determinadas obligaciones”²⁷⁶.

En las concentraciones ejecutadas en el sector eléctrico, ha sido común que la Comisión apruebe la operación, subordinada al cumplimiento de los compromisos presentados por

²⁷⁵ Vid. Apartado 9, Comunicación de la Comisión, relativa a las soluciones admisibles con arreglo al Reglamento (CE) 139/2004 del Consejo y al Reglamento (CE) no 802/2004, pág. 3. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:267:0001:0027:ES:PDF>

²⁷⁶ Cfr. CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZALEZ, Javier; “*Las Concentraciones de.....*”, *ob cit*, pág. 232-233. Vid. ORTIZ BLANCO, Luis; MAÍLLO GONZÁLEZ-ORUS, Jerónimo; IBÁÑEZ COLOMO, Pablo y LAMADRID DE PABLO, Alfonso; “*Manual de Derecho de la Competencia*”, Editorial Tecnos, Madrid, 2008, págs. 329, 330, 331.

las partes durante el proceso de evaluación; proceso, cuyas características generales, exponemos a continuación.

2.7. Procedimiento de control de concentraciones.

A efectos de su estudio, el procedimiento de control de concentraciones comunitario lo podemos estructurar en tres partes. La primera parte, relativa al trámite de notificación de la operación a la Comisión Europea. La segunda, relativa al inicio formal del estudio de la operación -denominada primera fase de evaluación- en la que la Comisión evalúa si esta se ajusta al concepto de concentración definido en la normativa comunitaria, si tiene dimensión comunitaria y si despierta dudas de compatibilidad con el mercado común.

De confirmarse los presupuestos analizados en la primera fase, la Comisión –en una segunda fase de la evaluación- lleva a cabo un análisis más detallado y extenso de la operación, para decidir si la declara compatible con el mercado común, si la declara compatible bajo el cumplimiento de determinados compromisos o si, por el contrario, la declara incompatible. Así pues, a continuación presentaremos las principales características de este procedimiento.

2.7.1. Notificación.

Toda operación de concentración, susceptible de ser evaluada por la Comisión, debe ser notificada a esta autoridad antes de su ejecución²⁷⁷. La normativa comunitaria precisa que esta notificación debe llevarse a cabo cuando haya concluido el acuerdo entre las partes

²⁷⁷ El trámite de notificación consiste en presentar ante la Comisión, el formulario de notificación respectivo, acompañado de toda la documentación requerida según las indicaciones establecidas en el Reglamento (CE) 802/2004. Vid. PACE, Lorenzo Federico; *“Derecho Europeo de la Competencia: Prohibiciones Antitrust, Control de las Concentraciones,”*, ob cit, pág. 419.

sobre la ejecución de la operación, cuando se haya anunciado la oferta pública de adquisición o cuando se haya adquirido una participación de control²⁷⁸.

Asimismo, la notificación también se puede llevar a cabo, cuando las empresas afectadas demuestren a la Comisión su intención, de buena fe, de concluir un acuerdo que derive en una concentración o en el caso de una oferta pública de adquisición, cuando hayan anunciado públicamente su intención de presentar tal oferta²⁷⁹. Así pues, puede afirmarse que el sistema comunitario de control de concentraciones se basa en el principio de notificación previa y necesaria a la Comisión²⁸⁰.

Una vez notificada la concentración proyectada, esta no puede ser ejecutada, razón por la cual se sostiene que la notificación tiene un efecto suspensivo en la operación. Del mismo modo, tampoco pueden ejecutarse aquellas concentraciones que, debiendo estar sometidas al control de la Comisión, no son notificadas a esta autoridad.

El efecto suspensivo que recae sobre la concentración notificada se prolonga hasta que la Comisión decide que esta no genera riesgos para la competencia y, en consecuencia, la declara compatible con el mercado común o hasta que la Comisión decide que la

²⁷⁸ Vid. Artículo 4.1. Reglamento (CE) 139/2004 del Consejo. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:267:0001:0027:ES:PDF>.

²⁷⁹ *Ibidem*.

²⁸⁰ Vid. CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZALEZ, Javier; “Las Concentraciones de.....”, *ob cit*, pág. 248.

concentración es compatible con el mercado común como consecuencia de los compromisos presentados por las partes²⁸¹.

Ahora bien, existe la posibilidad de que la Comisión autorice la ejecución de una concentración antes de haberla evaluado y tomado una decisión sobre su compatibilidad con el mercado común. Esta posibilidad es conocida como “dispensa de la suspensión”, debe ser solicitada por las partes (la Comisión no la puede declarar de oficio) y en su evaluación, la Comisión tendrá en cuenta, entre otros factores, los efectos de la suspensión para una o varias empresas afectadas por la concentración o para los terceros. Asimismo, la Comisión tendrá en cuenta la amenaza que la concentración representa para la competencia. La dispensa de la suspensión -que puede ser solicitada en cualquier momento del procedimiento- puede ir acompañada de condiciones y obligaciones, destinadas a garantizar las condiciones de una competencia efectiva²⁸².

El incumplimiento del deber de notificación y la ejecución de la concentración, sin que la Comisión haya concedido la dispensa de la suspensión, da lugar a severas sanciones para las partes, como multas de hasta el 10% del volumen de ventas de la empresa afectada. Del mismo modo, si la concentración se ejecuta con anterioridad a la decisión de la Comisión -declarándola compatible con el mercado común- esta autoridad puede tomar las medidas que considere necesarias para restablecer las condiciones de competencia

²⁸¹ Vid. PACE, Lorenzo Federico; “*Derecho Europeo de la Competencia: Prohibiciones Antitrust, Control de las Concentraciones*”, *ob cit*, pág. 419-420 y artículos 6.1 y 8.2. Reglamento (CE) 139/2004 del Consejo. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:267:0001:0027:ES:PDF>

²⁸² Vid. Artículo 7.3. Reglamento (CE) 139/2004 del Consejo. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:267:0001:0027:ES:PDF>. De acuerdo con CALVO CARAVACA Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, no es frecuente que la Comisión conceda a las partes la dispensa de la suspensión aunque, destacan los autores, a veces se justifica por los perjuicios que puede causar en la clientela, el retraso en la ejecución de la operación. Vid. CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZALEZ, Javier; “*Las Concentraciones de*”, *ob cit*, pág. 246.

efectiva. Ahora bien, si la concentración se ejecuta y, posteriormente, la Comisión la declara incompatible con el mercado común, esta autoridad puede exigir su disolución y podrá tomar todas las medidas que considere adecuadas para restablecer la situación al estado previo a la ejecución de la concentración²⁸³.

2.7.2. Primera fase de evaluación.

La primera fase de evaluación tiene una duración de 25 días laborables²⁸⁴ que comienzan a partir del día laborable siguiente a la recepción de la notificación o, si la información aportada está incompleta, a partir del día laborable siguiente a la fecha de recepción de la información completa²⁸⁵.

En este periodo, la Comisión se encarga de verificar si la operación tiene dimensión comunitaria y si se ajusta al concepto de concentración. Presupuestos previos necesarios para considerar que a una concentración se le debe aplicar el Reglamento 139/2004. Si la

²⁸³ Vid. BELLO MARTIN-CRESPO, María Pilar; "Control de Concentraciones de Empresas", en: *Derecho de la Libre Competencia...*, ob cit, pág. 378 y artículos 8.5; 8.4; 14.2. Reglamento (CE) 139/2004 del Consejo. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:267:0001:0027:ES:PDF>.

²⁸⁴ Excepto en aquellos casos en los que las partes, desde el momento inicial del procedimiento, proponen compromisos con la finalidad de hacer compatible la concentración con el mercado común o en los casos en que un Estado miembro comunica a la Comisión, a iniciativa propia o a instancias de esta, que la operación amenaza con afectar de forma significativa la competencia en un mercado de ese Estado miembro (y que presenta todas las características de un mercado definido) o que afecta la competencia en un mercado de ese Estado miembro, que presenta todas las características de un mercado definido y no constituye una parte sustancial del mercado común. En estos casos el plazo de 25 días laborables se amplía a 35 días laborables. Vid. Artículo 10.1. y 9.2. del Reglamento (CE) 139/2004 del Consejo. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:267:0001:0027:ES:PDF>.

²⁸⁵ Vid. Artículo 10.1. Reglamento (CE) 139/2004 del Consejo. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:267:0001:0027:ES:PDF>.

concentración se encuentra fuera del ámbito de aplicación del Reglamento, la Comisión adoptará una decisión declarando esta circunstancia.

Si la concentración entra en el ámbito de aplicación del Reglamento 139/2004 y, después de su evaluación, la Comisión concluye que no plantea serias dudas en cuanto a su compatibilidad con el mercado común, decidirá no oponerse a la misma y la declarará compatible con el mercado común²⁸⁶.

Asimismo, la Comisión puede declarar compatible con el mercado común las concentraciones que han sido modificadas por las partes y, en consecuencia, ya no presentan dudas sobre su incompatibilidad con el mercado común. Esta decisión puede ir acompañada de condiciones y obligaciones que garanticen el cumplimiento de los compromisos presentados por las partes²⁸⁷.

Ahora bien, si después de evaluada la operación, la Comisión concluye que esta plantea serias dudas sobre su compatibilidad con el mercado común, decidirá iniciar la segunda fase de la evaluación (incoar el procedimiento).

Si en los casos de concentraciones que no plantean dudas sobre su compatibilidad con el mercado común, la Comisión no ha adoptado una decisión en los plazos previstos (25 o 35 días), se considerará que la operación ha sido declarada compatible con el mercado

²⁸⁶ Vid. Letra b), artículo 6.1. Reglamento (CE) 139/2004 del Consejo. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:267:0001:0027:ES:PDF>.

²⁸⁷ Vid. Artículo 6.2. Reglamento (CE) 139/2004 del Consejo. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:267:0001:0027:ES:PDF>.

común. Esta presunción no se aplica en los casos de Remisión de la concentración a los Estados miembros²⁸⁸.

2.7.3. Segunda fase de evaluación.

En esta fase, la Comisión evalúa, en detalle, las concentraciones que, a su juicio, plantean serias dudas en cuanto a su compatibilidad con el mercado común. La Comisión debe adoptar su decisión en un plazo máximo de 90 días laborables (contados a partir de la fecha de incoación del procedimiento), ampliables a 105 días laborables si las partes proponen compromisos²⁸⁹.

Es común que en esta fase del procedimiento, la Comisión requiera nueva información a las partes y a terceros interesados. Posteriormente de este requerimiento, la autoridad comunitaria de competencia elabora un pliego de cargos en el que expone, en detalle, los obstáculos a la competencia que, en su criterio, se derivan de la concentración²⁹⁰.

Este pliego de cargos debe ser notificado a las partes y a los interesados. Asimismo, la Comisión debe informarles el plazo que tienen para exponer, por escrito, sus observaciones en relación con los cargos formulados. Durante este plazo, las partes

²⁸⁸ Vid. PACE, Lorenzo Federico; *"Derecho Europeo de la Competencia: Prohibiciones Antitrust, Control de las Concentraciones,*", *ob cit*, pág. 422; artículo 10.6. y letras b) y c) del artículo 6.1 del Reglamento (CE) 139/2004 del Consejo. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:267:0001:0027:ES:PDF>.

²⁸⁹ Vid. BELLO MARTIN-CRESPO, María Pilar; "Control de Concentraciones de Empresas", en: *Derecho de la Libre Competencia.....*, *ob cit*, pág. 380 y artículo 10.3. Reglamento (CE) 139/2004 del Consejo. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:267:0001:0027:ES:PDF>.

²⁹⁰ Vid. CABRERA ZARAGOZA, Susana y ESCUDERO PUENTE, Alberto; "Operaciones de Reestructuración a la Luz de la Normativa de Control de Concentraciones", en: *Estudios Jurídicos sobre Operaciones de Reestructuración Societaria*, Editorial Thomson Aranzadi, Navarra, 2008, pág. 383.

pueden alegar cuanto estimen conveniente y pueden adjuntar todos los documentos que consideren adecuados para demostrar la veracidad de los hechos invocados. Del mismo modo, pueden proponer que la Comisión celebre una audiencia oral donde se escuche a terceros que puedan confirmar estos hechos²⁹¹.

Si las partes lo consideran necesario, podrán presentar compromisos que resuelvan los problemas de competencia detectados por la Comisión, dentro de los primeros 65 días laborables desde la iniciación de la segunda fase²⁹².

Así pues, en esta fase del procedimiento, la Comisión puede declarar compatible la concentración con el mercado común sin la exigencia del cumplimiento de compromisos, la puede declarar compatible con el mercado común bajo la obligación de que se cumplan los compromisos presentados o la puede declarar incompatible. La Decisión de la Comisión es objeto de recurso ante el Tribunal de Primera Instancia²⁹³.

Ahora bien, es necesario destacar que existe un procedimiento simplificado para la evaluación de concentraciones que no plantean problemas de competencia. En este

²⁹¹ Vid. Artículo 13, Reglamento (CE) 802/2004. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004R0802:ES:HTML>

²⁹² Vid. CABRERA ZARAGOZA, Susana y ESCUDERO PUENTE, Alberto; "Operaciones de Reestructuración a la Luz de la Normativa de Control de Concentraciones", en: *Estudios Jurídicos sobre Operaciones de Reestructuración Societaria*, Editorial Thomson Aranzadi, Navarra, 2008, pág. 384.

²⁹³ Vid. Artículo 21.2. Reglamento (CE) 802/2004. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004R0802:ES:HTML>

sentido, es posible tramitar una concentración mediante este procedimiento, en los siguientes casos²⁹⁴:

- Cuando dos o más empresas adquieren el control conjunto de una empresa en participación, siempre y cuando ésta no ejerza -ni tenga previsto ejercer- actividades en el territorio del Espacio Económico Europeo (EEE) o cuando estas actividades sean mínimas. Se entiende por mínimas, cuando el volumen de negocios de la empresa en participación o el volumen de negocios de las actividades aportadas o el valor total de los activos transferidos a la empresa en participación, es inferior a 100 millones de euros.
- Cuando dos o más empresas se fusionan -o una o más empresas adquieren el control exclusivo o conjunto de otra empresa- siempre y cuando ninguna de las partes de la concentración realice actividades empresariales en el mismo mercado de productos y en el mismo mercado geográfico, o en un mercado de productos anterior o posterior (relación vertical) a un mercado de productos en el que opere cualquier otra parte de la concentración.
- Cuando dos o más empresas se fusionan (o cuando una o más empresas adquieren el control exclusivo o conjunto de otra empresa) y dos o más partes de la concentración ejercen actividades empresariales en el mismo mercado de productos y en el mismo mercado geográfico (relación horizontal), siempre y cuando su cuota de mercado combinada no llegue al 15 %.

²⁹⁴ *Vid.* Apartado 5, Comunicación de la Comisión sobre procedimiento simplificado para tramitar determinadas concentraciones en virtud del Reglamento (CE) n° 139/2004, disponible en [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52005XC0305\(03\):ES:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52005XC0305(03):ES:HTML)

- Cuando dos o más empresas se fusionan (o cuando una o más empresas adquieren el control exclusivo o conjunto de otra empresa) y una o más partes de la concentración ejercen actividades empresariales en un mercado de productos, anterior o posterior a un mercado en el que opere cualquier otra parte de la concentración (relación vertical), siempre y cuando que ninguna de sus cuotas de mercado individuales o combinadas llegue al 25%.
- Cuando una parte de la concentración va a adquirir el control exclusivo de una empresa de la que ya tiene el control conjunto

Para efectos de la notificación a la Comisión, estas concentraciones pueden utilizar un formato de notificación especial, es decir, un formulario abreviado cuyo uso debe ser autorizado previamente por la autoridad comunitaria. El procedimiento simplificado se caracteriza por su corta duración (25 días) y, en teoría, debe terminar con una decisión de compatibilidad²⁹⁵.

En el procedimiento simplificado, la Comisión se reserva el derecho de iniciar el trámite regular de evaluación, si la concentración, a pesar de ajustarse a los presupuestos necesarios para ser evaluada mediante este trámite, despierta dudas en relación a su compatibilidad con el mercado común. Se puede presentar esta situación en casos en que la concentración aumenta el poder de mercado de las partes gracias a la combinación de recursos tecnológicos, financieros, a pesar de que las partes no operen en el mismo mercado. También pueden tramitarse por el procedimiento ordinario operaciones que se

²⁹⁵ Vid. BELLO MARTIN-CRESPO, María Pilar; "Control de Concentraciones de Empresas", en: *Derecho de la Libre Competencia*..., ob cit, pág. 387-388.

ejecutan en mercados con grandes barreras de entrada o con un alto grado de concentración, como por ejemplo, el sector eléctrico²⁹⁶.

Para terminar, merece la pena resaltar que el procedimiento simplificado no es de aplicación cuando un Estado miembro solicita la remisión de una concentración o cuando la Comisión acepta una solicitud de remisión de una concentración, de uno o varios Estados miembros²⁹⁷.

A continuación, procedemos a estudiar las principales operaciones de concentración empresarial en el sector eléctrico europeo, evaluadas por la autoridad comunitaria y que, a nuestro juicio, son de utilidad para entender las características del control de concentraciones en este sector económico.

3. Operaciones de concentración con dimensión comunitaria en el sector eléctrico europeo.

3.1. Operación EDF/London Electricity.

3.1.1. Características de la operación y empresas participantes.

²⁹⁶ Vid. Apartados 7 y 8, Comunicación de la Comisión sobre procedimiento simplificado para tramitar determinadas concentraciones en virtud del Reglamento (CE) n° 139/2004, disponible en [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52005XC0305\(03\):ES:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52005XC0305(03):ES:HTML).

²⁹⁷ Vid. BELLO MARTIN-CRESPO, María Pilar; “Control de Concentraciones de Empresas”, en: *Derecho de la Libre Competencia....*, ob cit, pág. 388 y apartado 13, Comunicación de la Comisión sobre procedimiento simplificado para tramitar determinadas concentraciones en virtud del Reglamento (CE) n° 139/2004, disponible en [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52005XC0305\(03\):ES:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52005XC0305(03):ES:HTML).

El 4 de diciembre de 1998, la Comisión Europea recibió una notificación de un proyecto de concentración²⁹⁸, mediante el cual, la empresa Elex Limited (propiedad de Electricité de France -EDF-), pretendía adquirir el control total de London Electricity Holdings Limited (LEHL), empresa controlada por Entergy Corporation.

De acuerdo con los términos del proyecto de concentración, a raíz de una subasta privada organizada en septiembre de 1998, por Entergy Corporation, esta operación se llevaría a cabo mediante una adquisición de acciones²⁹⁹ entre Electricité De France (EDF), como adquirente, y London Electricity Holdings Limited (LEHL), como empresa objetivo de la operación.

Debe indicarse, por una parte que (EDF) es una empresa multiservicios (o *multiutility*), propiedad del Estado Francés, con actividad preponderante en todos los campos de la producción, transporte, distribución y suministro de electricidad en Francia, Europa y otros países. En la actualidad, el grupo EDF tiene presencia en Alemania, Bélgica, España, Austria, Suiza, Hungría, Italia, Polonia, Reino Unido, Brasil, China, entre

²⁹⁸ Decisión la Comisión de 27 de enero de 1999, caso IV/M. 1346, *EDF / London Electricity*, publicada en el DOUE C 092 de 1 de abril de 1999, pág. 10 y disponible en http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases/decisions/m1346_9_en.pdf

²⁹⁹ Según lo establecido en el artículo 3, apartado 1, letra b) del anterior Reglamento de Concentraciones, Reglamento (CE) 4064/89, de 21 de diciembre de 1989, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31989R4064:EN:HTML>. En el artículo citado se afirmaba que existía una operación de concentración cuando una o más personas, que controlaban una o más empresas, adquirirían -directa o indirectamente- el control sobre la totalidad o sobre parte de una o varias empresas, mediante la toma de participaciones en el capital, la compra de elementos del activo, mediante contrato o por cualquier otro medio.

otros³⁰⁰. En el momento de la operación, EDF operaba en el Reino Unido como suministrador de electricidad a través de la red de transmisión existente entre Francia y el Reino Unido.

Por otra parte, London Electricity Holdings Limited (LEHL) se dedicaba de manera principal a la distribución y suministro de electricidad en Inglaterra y Gales a través de su empresa subsidiaria London Electricity (LE). Esta última era una de las doce empresas regionales de electricidad que operaban en Inglaterra y Gales y que fueron constituidas cuando se inició el proceso de privatización de la industria eléctrica en el Reino Unido³⁰¹.

Merece la pena resaltar que el 8 de enero de 1999, las autoridades del Reino Unido presentaron una solicitud a la Comisión, buscando el reconocimiento de ciertos intereses públicos legítimos³⁰², que servirían de sustento a una serie de medidas aplicables a la

³⁰⁰ Fuente: Pagina Corporativa EDF: <http://international.edf.com/accueil-com-fr/edf-a-l-international/en-europe-96002.html>

³⁰¹ Estas empresas regionales tenían áreas asignadas de distribución de electricidad y eran propietarias de las redes, cuyo acceso, estaba permitido a cualquier otro suministrador que vendiera electricidad a clientes localizados en el área de cobertura de la empresa regional. Este derecho de acceso se regía por el principio de no discriminación y estaba sujeto a un control de precios por parte del regulador sectorial.

³⁰² De conformidad con lo dispuesto en el apartado 3, artículo 21, del Reglamento (CE) 4064/89, que establecía que los Estados miembros podían adoptar las medidas necesarias para proteger intereses legítimos distintos de los consagrados en el Reglamento (CE) 4064/89, siempre que fuesen compatibles con los principios generales y demás disposiciones del Derecho comunitario. Los intereses legítimos a los cuales hacía referencia esta normativa eran la seguridad pública, la pluralidad de los medios de comunicación y las normas prudenciales. En caso de que un Estado miembro fundamentara su actuación en intereses de otro tipo, debía, previamente a su actuación, notificar a la Comisión para que esta reconociera el interés objeto de protección, según su compatibilidad con los principios generales y las disposiciones del Derecho comunitario. *Vid.* Apartado 3, artículo 21, Reglamento (CE) 4064/89, de 21 de diciembre de 1989, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31989R4064:EN:HTML>.

operación de concentración entre EDF y LE y que habían sido adoptadas por la Dirección General de Suministro de Electricidad³⁰³.

Los intereses públicos que según las autoridades del Reino Unido, merecían reconocimiento por parte de la Comisión, eran:

- La capacidad de las autoridades de aquel país para mantener la integridad del sistema regulatorio del sector eléctrico, permitiendo que el Secretario de Estado y la Dirección General de Suministro de Electricidad, desempeñaran los deberes establecidos en el artículo 3 de la Ley de electricidad³⁰⁴.
- La capacidad para hacer modificaciones a la licencia de una compañía de suministro de electricidad (London Electricity), envuelta en una operación de concentración con dimensión comunitaria.

³⁰³Medidas tendientes a evitar la construcción o adquisición de plantas de generación incluidas en el sistema público de suministro de electricidad, sin la autorización previa de la autoridad nacional respectiva (en aquel entonces la Dirección General de Suministro) o las dirigidas a impedir las transacciones comerciales entre las empresas involucradas en la operación, tratándose de las actividades de generación y suministro de electricidad. *Vid* Decisión de la Comisión de 27 de enero de 1999, caso N° IV/M.1346, *EdF/London Electricity*, publicado en el DOUE C 092 de 1 de abril de 1999, pág. 10 y disponible en http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases/decisions/m1346_19990127_290_en.pdf

³⁰⁴Electricity Act del 27 de julio de 1989. Disponible en http://www.opsi.gov.uk/ACTS/acts1989/ukpga_19890029_en_1. Esta Ley ha sufrido diversas modificaciones a través de Leyes ulteriores entre las que se encuentran: “Utilities Act” del año 2000, “Energy Act” del año 2004, entre otras. Así las cosas, la Dirección General de Suministro de Electricidad, ha sido reemplazada por la Autoridad de los Mercados del Gas y la Electricidad (GEMA). La información respectiva sobre esta entidad y el alcance de sus competencias se encuentra en www.ofgem.gov.uk

3.1.2. Consideraciones de la Comisión.

Antes de resolver la compatibilidad de la operación con el Mercado común y sus efectos sobre la competencia, la Comisión decidió sobre la solicitud planteada por parte de las autoridades del Reino Unido, concerniente al reconocimiento de intereses públicos, que permitirían a las autoridades nacionales imponer condiciones a la operación proyectada³⁰⁵.

Pues bien, la Comisión rechazó el reconocimiento de los intereses alegados por las autoridades del Reino Unido, al considerar que las medidas adoptadas por las autoridades nacionales no materializaban la defensa de intereses legítimos, no respondían a la aplicación de la normativa nacional a una concentración con dimensión comunitaria, ni estaban directamente relacionados con la operación de concentración. Para la Comisión, la adopción de estas medidas eran simplemente, consecuencia de la aplicación de la normativa propia de la industria eléctrica del Reino Unido, de los deberes a cargo de las autoridades nacionales y similares a otras medidas que se habían adoptado en casos anteriores³⁰⁶.

Sobre la base de lo anteriormente expuesto, una vez establecida la dimensión comunitaria de la operación, la Comisión abordó el estudio del mercado relevante de la operación. En su análisis, la autoridad resaltó que cada una de las actividades que componen la industria eléctrica³⁰⁷ representa un mercado relevante independiente, debido a la diferencia de

³⁰⁵ Vid Decisión de la Comisión de 27 de enero de 1999, caso N° IV/M.1346, *EdF/London Electricity*, publicado en el DOUE C 092 de 1 de abril de 1999, pág. 10 y disponible en http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases/decisions/m1346_19990127_290_en.pdf

³⁰⁶ *Ibidem*.

³⁰⁷ Al hablar de la industria eléctrica es necesario diferenciar los distintos sujetos y actividades que componen la cadena de prestación del servicio, que se caracterizan por ser independientes y con particularidades propias. En este

bienes y recursos presentes en cada una de ellas y a las distintas condiciones de competencia y estructura del mercado.

En este orden de ideas, para la Comisión, su análisis debía centrarse en la distribución y suministro de electricidad. En consecuencia, profundizó en las características de esta actividad en el Reino Unido y las cuotas de mercado que London Electricity (LE) poseía en este sector.

En el momento en que la operación fue proyectada, en el interior del mercado británico de suministro de electricidad, era posible diferenciar al menos dos sub-mercados independientes. Uno de ellos era el suministro para clientes cuya demanda excedía los

sentido, según ley 17/2007, de 4 de julio (que modifica la Ley 54/1997, de 27 de noviembre), los sujetos que desarrollan cada una de las distintas actividades del sector eléctrico son “a) Los productores de energía eléctrica, que son aquellas personas físicas o jurídicas que tienen la función de generar energía eléctrica, ya sea para su consumo propio o para terceros, así como las de construir, operar y mantener las centrales de producción; b) El operador del mercado...; c) El operador del sistema...; d) El transportista, que es aquella sociedad mercantil que tiene la función de transportar energía eléctrica, así como construir, mantener y maniobrar las instalaciones de transporte; e) Los distribuidores, que son aquellas sociedades mercantiles que tienen la función de distribuir energía eléctrica, así como construir, mantener y operar las instalaciones de distribución destinadas a situar la energía en los puntos de consumo; f) Los comercializadores, que son aquellas sociedades mercantiles que, accediendo a las redes de transporte o distribución, adquieren energía para su venta a los consumidores, a otros sujetos del sistema o para realizar operaciones de intercambio internacional...; g) Los consumidores que son las personas físicas o jurídicas que compran la energía para su propio consumo”. *Vid.* Disposición 15, artículo único Ley 17/2007, publicada en el BOE núm. 160 de 5 de julio de 2007 y disponible en http://www.cne.es/cne/doc/legislacion/Ley17_2007.pdf

En la normativa comunitaria, en el artículo 2, de la Directiva 2003/54/CE, también se define, en el mismo sentido, cada una de estas actividades, con la salvedad de que se hace referencia al suministro como la venta y la reventa de electricidad a usuarios. Por suministro debemos entender la actividad de comercialización a la que se hace referencia en la Ley 17/2007. *Vid.* Artículo 2, Directiva 2003/54/CE, de 26 de junio del 2003, publicada en el DOUE L 176 de 15 de julio de 2003 pág. 37–56, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32003L0054:EN:HTML>.

100kW y el segundo mercado concernía a clientes cuya demanda no era superior a este margen.

Esta diferenciación era importante ya que en aquel tiempo, los clientes con un consumo inferior a 100kW, debían adquirir la electricidad a la compañía de suministro local (al menos hasta junio de 1999) pero, por otra parte, estaban protegidos por la Dirección General de Suministro de Electricidad, toda vez que esta entidad fijaba unos topes máximos en los precios del suministro. Por el contrario, los grandes consumidores (aquellos con una demanda superior a 100kW) tenían libertad para elegir su suministrador, por ocho años si su demanda era superior a 1 MW o por cuatro años si su demanda se situaba entre 100 kW y 1 MW.

Según el criterio de la autoridad comunitaria, la operación examinada podría crear una situación de integración vertical entre las actividades de generación de EDF y las actividades de distribución y suministro de LE. De suerte que, los efectos de esta posible integración vertical debían ser analizados a partir de tres mercados relevantes puntualmente identificados, a saber: el suministro de electricidad a grandes consumidores en Inglaterra y Gales (cuya demanda es superior a 100 kW), el suministro de electricidad a usuarios con una demanda inferior a 100 kW y ubicados en el área de suministro de LE y, por último, la distribución de electricidad en el área de influencia de LE.

En punto al mercado de usuarios cuya demanda excedía los 100 kW, la cuota de las partes involucradas en la operación, en el mercado de suministro de electricidad a grandes consumidores, en Inglaterra y Gales, era inferior al 15%. De suerte que la operación no crearía, ni reforzaría una posición dominante en este mercado.

Respecto al mercado de suministro de electricidad a usuarios cuya demanda era inferior a 100 kW y a la actividad de distribución en su área de influencia, la Comisión determinó que LE, tenía una posición de dominio en estos mercados. Los argumentos que

sustentaban esta conclusión eran que los usuarios ubicados en su zona de influencia debían adquirir la electricidad de LE (sin posibilidad de escoger libremente otro suministrador como lo mencionamos anteriormente) y, además, porque esta empresa era la propietaria de la red de distribución³⁰⁸.

No obstante esta posición de dominio, los precios máximos que imponía la Dirección General de Suministro de Electricidad para las actividades de suministro y distribución de electricidad, junto con la separación de actividades³⁰⁹ que en el Reino Unido y Gales, se establecía para la producción, distribución y suministro, reducían la probabilidad de que se presentasen efectos verticales adversos de carácter significativo.

Del mismo modo, como todo el comercio de electricidad entre suministradores y productores debía realizarse a través del *pool* de energía (mercado mayorista de energía), donde el precio de la electricidad se negocia a nivel nacional, la Comisión descartó la posibilidad de que EDF pudiese contratar directamente con LE el suministro de la electricidad. Igualmente, descartó la posibilidad de que LE pudiese contratar la electricidad con EDF, a precios más bajos, con el propósito de subsidiar el precio del servicio y así disuadir a determinados clientes para que no cambiasen de suministrador.

³⁰⁸ La Comisión no consideró que la operación planteada podría crear o reforzar una posición de dominio en el mercado de suministro a clientes cuya demanda excedía los 100 kW, debido a la baja cuota de mercado de las empresas involucradas en la operación, inferior al 15% y porque su cuota en el mercado de generación era inferior al 10% . *Vid.* Considerando 28, Decisión de la Comisión de 27 de enero de 1999, caso N° IV/M.1346, *EdF/London Electricity*, publicado en el DOUE C 092 de 1 de abril de 1999, pág. 10 y disponible en http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases/decisions/m1346_19990127_290_en.pdf

³⁰⁹ A nivel Comunitario, el principio de separación de actividades en el sector eléctrico, se consagra inicialmente en la Directiva 96/92/CE que fue derogada por la Directiva 2003/54/CE. Avanzar en esta separación de actividades es uno de los principales propósitos del nuevo paquete liberalizador del sector energético europeo a través de las medidas que con tal fin se adoptan en la Directiva 2009/72/CE de 13 de julio de 2009 . *Vid.* Considerando 8, artículo 27 y artículo 28 de la Directiva 2003/54/CE, de 26 de junio de 2003 y Directiva 2009/72/CE de 13 de julio de 2009. Normas disponibles en http://eur-lex.europa.eu/RECH_legislation.do?ihmlang=es

Contractualmente, LE estaba obligada a adquirir la electricidad al mejor precio disponible en el mercado. El incumplimiento de esta obligación, daría lugar a que la Dirección General de Suministro de Electricidad declarara el incumplimiento de las condiciones establecidas en la licencia otorgada a LE.

Esta última circunstancia, aunada a la existencia de precios máximos para el suministro a pequeños usuarios (que en el momento de la operación ya se acercaban al límite máximo permitido), dieron suficientes argumentos a la Comisión para descartar que EDF, utilizara su posición después de la concentración para incrementar los precios por encima de niveles competitivos, de asumir conductas anticompetitivas (precios predatorios por ejemplo) y, simultáneamente, eludir el control regulatorio.

Por su parte el eventual comercio directo entre EDF y LE, no representaba ningún cambio sustancial en la posición de LE en el mercado, y, en consecuencia, no existía la amenaza de creación o refuerzo de una posición dominante.

A la vista de lo expuesto, consideramos pertinente destacar que la Comisión reconoce el servicio eléctrico como una actividad de carácter compuesto, en la que cada una de las fases de prestación del servicio goza de unas características propias que hacen que el análisis de la competencia deba realizarse de forma individualizada, teniendo presente las particularidades de cada mercado relevante y de los agentes participantes en ella.

En este orden de ideas, cabe resaltar que -en un principio- la Comisión define cada una de las actividades de la “cadena eléctrica” e identifica, para el caso concreto, los mercados relevantes a tomar en consideración en el análisis de la operación. La definición de los mercados relevantes en el servicio eléctrico ha sido un ejercicio dinámico por parte de la autoridad europea, en permanente transformación, que parte de

la división de la actividad en fases diferenciadas y evoluciona hasta identificar nuevos mercados como el comercio de derechos de emisión.

Finalmente, otra eventualidad tenida en cuenta, fue la posibilidad de que EDF pudiese acudir a subsidios cruzados usando recursos de LE, para financiar otras actividades, en particular, sus propios proyectos de generación. No obstante, este comportamiento no afectaría la competencia en los mercados en los cuales LE participaba y, además, para la Comisión, EDF no tenía otros intereses distintos en el Reino Unido que la distribución y el suministro de electricidad. Adicionalmente, para el momento de la operación, la participación de EDF, en el mercado de generación de este país, era reducida e indirecta, debido a que la transmisión de la electricidad se realizaba a través del interconector Francia-Reino Unido que gozaba de una capacidad limitada.

3.1.3. Decisión de la Comisión.

La autoridad de competencia comunitaria concluyó que la operación que le había sido notificada, no creaba ni reforzaba una posición dominante y la competencia efectiva no se veía obstaculizada de forma significativa en el espacio económico europeo o en una parte significativa del mismo. Por esta razón, la Comisión decidió no oponerse a la operación y la declaró compatible con el mercado común.

3.2. Operación VEBA/VIAG.

3.2.1. Características de la operación y empresas participantes.

El 14 de diciembre de 1999, la Comisión Europea recibió la notificación de una operación de concentración mediante la que VEBA Aktiengesellschaft (en adelante VEBA) y VIAG Aktiengesellschaft (en adelante VIAG), pretendían llevar a cabo una

operación de fusión³¹⁰, conforme a la vigente Ley Alemana de Transformación de Sociedades (*Umwandlungsgesetz-UmwG*)³¹¹.

VEBA era un conglomerado empresarial alemán que operaba en el mercado de la electricidad, el gas natural, el aceite mineral, los productos químicos, las telecomunicaciones, el agua, la gestión de residuos, la siderurgia, la logística y la gestión inmobiliaria. En el sector eléctrico, VEBA, operaba a través de su filial PreussenElektra AG (en adelante PreussenElektra) en los Estados de Schleswig-Holstein, Baja Sajonia y Hesse. Además, el grupo VEBA, poseía participaciones mayoritarias en empresas regionales de suministro de los nuevos Estados (después de la reunificación Alemana), fuera de la zona de interconexión.

Por otra parte, VIAG era otro conglomerado de empresas, que operaba en el sector eléctrico, el gas natural, los productos químicos, las telecomunicaciones, el envasado, el agua, la gestión de residuos, el aluminio, la siderurgia y la logística. El desarrollo de actividades energéticas se realizaba a través del holding Bayernwerk AG (en adelante Bayernwerk) en el estado de Baviera.

Bayernwerk controlaba, pero no de manera exclusiva, la empresa Berliner Kraft- und Licht (en adelante BEWAG). Además, ejercía el control de la empresa Vereinigte Energiewerke AG (en adelante VEAG), junto con PreussenElektra y RWE³¹², y era

³¹⁰ Decisión de la Comisión de 13 de junio de 2000, COMP/M. 1673, *VEBA/VIAG*, publicada en el DOUE L 188 de 10 de julio de 2001, pag.1-52, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001D0519:EN:HTML>

³¹¹ Ley de 28 de Octubre de 1994, publicada en el Bundesgesetzblatt (BGBl) 428 de 1995, pág. 3210 y disponible en http://www.gesetze-im-internet.de/umwg_1995/BJNR321010994.html

³¹² Empresa de interconexión alemana que -en el momento de la operación entre VEBA y VIAG- lideraba el sector de distribución de electricidad en interconexión, con una cuota de mercado del 33,1%. *Vid.* Decisión de la Comisión

propietaria de la empresa regional de suministro TEAG³¹³, que operaba en Alemania oriental, fuera de la zona de interconexión de Bayernwerk.

Tanto VEBA como VIAG, eran empresas suprarregionales de interconexión en el sector eléctrico alemán, en el que –en el momento de la operación- también operaban empresas regionales de suministro eléctrico y empresas locales de distribución de electricidad, de carácter mayoritariamente municipal³¹⁴.

Las empresas suprarregionales de interconexión estaban integradas verticalmente en grupos de empresas, participando así en todos los mercados descendentes del sector eléctrico. En este sentido, tanto VEBA como VIAG, operaban en sus regiones de influencia, en las actividades de generación, transporte y distribución de electricidad.

En esta decisión, la Comisión estudió las consecuencias de la operación en materia de competencia, en el sector eléctrico alemán y también en el sector químico, debido a la importante participación de estos dos conglomerados en este último sector. A efectos de nuestro trabajo, nos fijaremos exclusivamente en el análisis de la operación en el sector eléctrico.

3.2.2. Consideraciones de la Comisión.

de 13 de junio de 2000, COMP/M. 1673, *VEBA/VIAG*, publicada en el DOUE L 188 de 10 de julio de 2001, pág. 1-52, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001D0519:EN:HTML>

³¹³ Thüringer Energie AG.

³¹⁴ Hay que tener presente, que en el momento de la concentración, en Alemania, la actividad de comercialización independiente de electricidad, apenas comenzaba a desarrollarse.

Una vez determinada la dimensión comunitaria de la operación³¹⁵, el análisis de la Comisión se centró en evaluar los efectos de la operación en el mercado relevante de distribución eléctrica en interconexión ya que, para la autoridad, la fusión conduciría a la creación -en este mercado- de un duopolio dominante por parte de VEBA/VIAG y de RWE.

Ante todo, debe destacarse que la Comisión reiteró su criterio expuesto en la decisión EDF/London Electricity, al diferenciar distintos mercados independientes en el sector eléctrico³¹⁶. Paralelamente, hizo una breve mención a la comercialización de electricidad, definiéndola como la compra y venta de electricidad por cuenta y riesgo propios, que opera en todos los niveles de tensión y catalogándola como un mercado en proceso de creación. De esta manera, ratificaba el reconocimiento que previamente, se había hecho de esta actividad, como un mercado independiente en el interior del sector³¹⁷.

³¹⁵ De acuerdo con la información facilitada a la Comisión por las empresas involucradas, en 1998, VEBA alcanzó un volumen de negocios a escala mundial de 42.800.000 de euros y VIAG de 25.100.000 de euros. El volumen de negocios a escala comunitaria de VEBA era de 33.500.000 de euros y el de VIAG 18.200.000 de euros, superando así los umbrales establecidos en el apartado 2, del artículo 1, del Reglamento (CE) 4064/89 (DOUE L 257 de 21 de septiembre de 1990 p. 0013). Del mismo modo, en 1998, VEBA realizó dos tercios de su volumen de negocios total a escala comunitaria en Alemania, mientras VIAG no obtuvo en ningún Estado miembro más de dos tercios de su volumen de negocios a escala comunitaria.

³¹⁶ “..la Comisión ha distinguido los siguientes mercados de productos de referencia en el sector eléctrico: el mercado de generación, es decir, la producción de electricidad en centrales eléctricas; el mercado de transmisión, es decir, el transporte de electricidad por el tendido de alta tensión; el mercado de distribución, es decir, el transporte de electricidad por el tendido de media y baja tensión; así como el mercado de abastecimiento, o lo que es lo mismo, el suministro de fluido eléctrico al consumidor final”. Cfr. Apartado 11, Decisión de la Comisión de 13 de junio de 2000, COMP/M. 1673, *VEBA/VIAG*, publicada en el DOUE L 188 de 10 de julio de 2001, pág. 1-52, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001D0519:EN:HTML>

³¹⁷ Vid. Apartados 16 y 17, asunto IV/M.1557, *EdF/Louis Dreyfus*, publicada en el DOUE C 323 de 11 de noviembre de 1999, pág. 11, disponible en http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases/decisions/m1557_fr.pdf y apartado 18, Decisión de la

Ahora bien, las empresas que se dedicaban a la actividad de distribución eléctrica en interconexión, producían electricidad que se vertía en líneas de transporte de alta tensión (380/220 kV), que después era entregada a las empresas regionales de suministro, a las empresas municipales, a los grandes consumidores y a los comercializadores.

Las empresas regionales de suministro -a su vez- abastecían a las empresas municipales y a los consumidores finales a través de redes de baja tensión (menos de 20 kV) y también, ocasionalmente, mediante redes de media tensión (20-110 kV). En la práctica, en la mayoría de los casos, las empresas regionales se encargaban de distribuir la electricidad producida por las empresas de interconexión³¹⁸.

De este modo, la consideración de la actividad de distribución de electricidad en interconexión, como el mercado relevante objeto de análisis, implicaba incluir en la evaluación todas las actividades anteriormente mencionadas, para determinar los efectos que, en materia de competencia, traería consigo la fusión.

La delimitación del mercado geográfico fue considerado como un mercado de carácter nacional, de manera contraria a lo que pretendían las partes involucradas en la operación, que aseguraban que gracias a la red UCTE³¹⁹ (que conectaba las líneas de transmisión de

Comisión de 13 de junio de 2000, COMP/M. 1673, *VEBA/VIAG*, publicada en el DOUE L 188 de 10 de julio de 2001, pág. 1-52, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001D0519:EN:HTML>

³¹⁸ *Vid.* Decisión de la Comisión de 13 de junio de 2000, COMP/M. 1673, *VEBA/VIAG*, publicada en el DOUE L 188 de 10 de julio de 2001, pág. 1-52, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001D0519:EN:HTML>

³¹⁹ Unión para la Coordinación de Transmisión de Electricidad: www.ucte.org

la mayoría de los estados miembros) el mercado de distribución de electricidad en interconexión tenía un ámbito geográfico más amplio que el estado alemán.

La Comisión no aceptó el anterior planteamiento debido, fundamentalmente, a la limitada capacidad de los puntos de interconexión de las redes de transmisión³²⁰. Circunstancia que hacía que en la práctica, las importaciones de electricidad en el sector de distribución en Alemania representaran una cuota muy baja frente al total de la electricidad producida en este mercado³²¹.

³²⁰ Estos puntos de interconexión permiten el tránsito de electricidad en alta tensión entre las redes de países fronterizos. Así las cosas, en Alemania, cada empresa de interconexión disponía en sus redes de determinada capacidad con determinados países fronterizos. Por ejemplo, en 1998, VIAG disponía de una capacidad de interconexión de 6,6 GW con Austria y la República Checa. Según la Comisión, en 1998, Alemania, disponía de una capacidad de interconexión aproximada de 46 GW, aunque en la práctica, teniendo en cuenta restricciones de seguridad, de estabilidad de la red, de mantenimiento de la tensión, entre otros, los intercambios reales en la red de transmisión no superaban los 10 GW. En el verano de 2008, en Alemania, la capacidad física de transmisión de electricidad con otros países era aproximadamente de unos 70 GW, aunque, igualmente, en la práctica, el flujo real de intercambios era inferior. La información relativa a la capacidad actual de la red de transmisión, a efectos de importación/exportación de electricidad de Alemania y el resto de los países europeos, se encuentra disponible en la página web de los operadores europeos del sistema de transmisión: http://www.etso-net.org/file/pdf/NTC_MatrixSummer2008_v3.pdf

³²¹ De acuerdo con la evaluación realizada por la Comisión, la cuota de importación de electricidad en Alemania para el mercado de distribución en 1998, fue solamente del 8%. Además, toda la electricidad que se importaba en Alemania no estaba destinada en su totalidad para el consumo nacional, sino que podía pasar por territorio alemán para llegar a otros puntos de consumo como Suiza e Italia. Por otro lado, para concluir que el mercado objeto de estudio era de carácter nacional, también se tuvieron en cuenta las condiciones favorables existentes para la creación de un mercado nacional competitivo a partir de la reforma de la legislación y la entrada en operación de las bolsas de electricidad de Frankfurt y Leipzig. *Vid.* Apartado 22, 43 y 45, Decisión de la Comisión de 13 de junio de 2000, COMP/M. 1673, *VEBA/VIAG*, publicada en el DOUE L 188 de 10 de julio de 2001, págs. 1-52, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001D0519:EN:HTML>

No obstante, para la autoridad comunitaria, en el futuro próximo, la delimitación del mercado en este tipo de operaciones, se ajustaría -como mínimo- al ámbito nacional, debido al proceso de liberalización del sector eléctrico, iniciado un par de años atrás por la Unión Europea y que supondría, entre otros objetivos, la introducción de competencia en todas aquellas actividades de la industria eléctrica donde fuera posible y, en consecuencia, la reorganización del sector.

Sobre la base de lo anteriormente expuesto, debe tenerse presente que las ya mencionadas Directivas Comunitarias 96/92/CE³²² y 98/30/CE³²³, representaron la base del proceso de liberalización energética impulsado por la Unión Europea³²⁴ y constituían un punto de partida fundamental para la consolidación de un futuro mercado interior de la energía. En efecto, en el momento de la evaluación de esta operación, la citada normativa había sido recientemente promulgada, especialmente la Directiva 96/92/CE; motivo por el cual, las expectativas creadas en torno a su aplicación por los países miembros, eran favorables.

³²² Directiva de 19 de diciembre de 1996 sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, publicada en el DOUE L 027 de 30 de enero de 1997, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31996L0092:EN:HTML>.

³²³ Directiva de 22 de junio de 1998, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural, publicada en el DOUE L 204 de 21 de julio de 1998, pág. 1-12 y disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31998L0030:ES:HTML>.

³²⁴ Proceso que en Alemania se inició con la Ley de Energía de 24 de abril de 1998 (Energiewirtschaftsgesetz - EnWG-), publicada en el Bundesgesetzblatt (BGBl) 23 de 1998, pág. 730 y que ha sido derogada por la nueva "Energiewirtschaftsgesetz" de 7 de julio de 2005, publicada en el BGBl I, pág. 1970 y disponible en http://bundesrecht.juris.de/enwg_2005/BJNR197010005.html. Esta última ley energética, que regula el sector eléctrico y el sector del gas, traspuso a la legislación interna las nuevas disposiciones de la normativa comunitaria en materia de liberalización, en particular las Directivas 2003/54/CE y 2003/55/CE.

Las empresas suprarregionales de interconexión que existían en Alemania en el momento de la operación, producían la mayoría de la electricidad e igualmente contaban con empresas de suministro que tenían también una capacidad propia de generación de electricidad y tenían sus propias redes de transporte en alta tensión. Estas empresas de interconexión eran: RWE, VEBA que operaba a través de PreussenElektra, VIAG que operaba a través de Bayernwerk, VEW, EnBW, BEWAG, HEW y VEAG³²⁵.

RWE lideraba el mercado de distribución de electricidad en interconexión, con una cuota de mercado del 33,1%, seguida de VEBA con un 21,2%, VIAG con un 12,2%, VEAG con un 12,1%, EnBW con un 9,7%, VEW con un 5,44%, HEW 3,46% y, finalmente, BEWAG con un 2,8%³²⁶.

De este modo, al hacer un cálculo de las cuotas que VEBA/VIAG tendría en este mercado después de materializada la fusión prevista, la Comisión determinó que la nueva empresa tendría una cuota del 36,3%³²⁷. Además, si se tiene en cuenta la cuota de

³²⁵ Las redes de estas empresas se encontraban interconectadas entre si y también con las redes de transmisión de electricidad de los países vecinos. De la misma manera, estas 8 empresas producían el 71% del total de la energía eléctrica producida en Alemania. *Vid.* Apartado 48 y 57, Decisión de la Comisión de 13 de junio de 2000, COMP/M. 1673, *VEBA/VIAG*, publicada en el DOUE L 188 de 10 de julio de 2001, pág. 1-52, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001D0519:EN:HTML>

³²⁶ Fuente: Apartado 49, Decisión de la Comisión de 13 de junio de 2000, COMP/M. 1673, *VEBA/VIAG*, publicada en el DOUE L 188 de 10 de julio de 2001, pág. 1-52, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001D0519:EN:HTML>. El liderazgo de RWE en este mercado se debía a su capacidad de producción de electricidad en régimen de interconexión equivalente a 77,1 TWh, seguida por VIAG, con una capacidad de producción de 44,5 TWh.

³²⁷ En proporción al total de la energía producida por la nueva empresa, que ascendería a 131,9 TWh. Se incluye en este porcentaje la cuota de mercado de BEWAG (2,8%) por estar controlada parcialmente por VIAG. *Vid.* Apartado 66, Decisión de la Comisión de 13 de junio de 2000, COMP/M. 1673, *VEBA/VIAG*, publicada en el DOUE L 188 de 10 de julio de 2001, pág. 1-52, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001D0519:EN:HTML>

mercado de RWE (33,1%), se concluía que esta empresa y VEBA/VIAG compartían un 81,5% del mercado de distribución de electricidad en interconexión, teniendo en cuenta la cuota de mercado de VEAG (12,1%), empresa controlada por VEBA, VIAG y RWE.

Respecto a la capacidad total de producción de electricidad en Alemania, RWE lideraba también este sector con una capacidad instalada de 19,8 GW, lo que equivale al 19,9% del total, seguida por VEBA con una capacidad de 17,5 GW (17,6% del total), por VIAG con una capacidad instalada de 11 GW (11,1% del total) y así sucesivamente.

Así las cosas, después de la operación, VEBA/VIAG tendría un 31,6% del total de la capacidad de producción de electricidad en Alemania (31,4 GW) y junto con RWE, las dos empresas tendrían un 60,9% del total de esta capacidad (60,6 GW).

El análisis de las ventas de electricidad a los consumidores finales, arrojó resultados similares a los dos anteriores. RWE lideraba estas ventas con una cuota del 31,5% (gracias a 151 TWh vendidos), seguida por VEBA con una cuota de mercado del 21,4% (102,3 TWh vendidos), VIAG con un 12,4% del total (59,5 TWh), EnBW con una cuota del 9,3% (44,3 TWh) y así sucesivamente.

De este modo, VEBA/VIAG tendría un 36,6% del total de las ventas de electricidad a los consumidores finales en Alemania (175,1 TWh) y si se tiene en cuenta RWE, las dos empresas ostentarían el 68,1% del total de las ventas (326,1 TWh)³²⁸.

El liderazgo en la venta de electricidad de estas empresas se debía, en buena medida, a que tanto RWE, como VEBA y VIAG, tenían un acceso directo al mercado de los

³²⁸ Vid. Apartados 67 al 69, Decisión de la Comisión de 13 de junio de 2000, COMP/M. 1673, *VEBA/VIAG*, publicada en el DOUE L 188 de 10 de julio de 2001, pág. 1-52, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001D0519:EN:HTML>

consumidores finales en los nuevos Estados federados, gracias a que allí operaban a través de proveedores regionales que distribuían su electricidad.

Por otra parte, otro factor determinante en el análisis de competencia, fueron las participaciones cruzadas de VEBA y VIAG sobre otras empresas de interconexión. Como indicamos anteriormente, VIAG controlaba, junto con Southern Company, la empresa de interconexión BEWAG. De la misma forma, VEBA, VIAG y RWE controlaban conjuntamente la empresa de interconexión VEAG. Estas participaciones hicieron que la Comisión dejara de considerar a VEAG y a BEWAG como competidores reales de VEBA, de VIAG y de RWE, empresas que participan en el control de aquellas.

Respecto a la propiedad de las redes de transporte, RWE, VEBA y VIAG, controlaban el 52% de la red de transporte de electricidad, y si se incluía a VEAG en el análisis, el control sobre la red era del 81%. Como es fácilmente comprensible, el control sobre la red de transporte, abarcaba la mayor parte del territorio alemán y, además, incluía la propiedad sobre los interconectores necesarios en los intercambios internacionales de electricidad.

A la luz de las cifras expuestas, la Comisión concluye que la operación de fusión evaluada crearía una posición dominante conjunta de las dos principales empresas de interconexión, VEBA/VIAG y RWE, en el mercado alemán de la distribución de electricidad en interconexión. Para la Comisión, vistas las características de este mercado, la fusión entre VEBA y de VIAG, podría favorecer la realización de prácticas concertadas junto con el otro gran agente del mercado, RWE, y, en consecuencia, consolidar una posición dominante colectiva.

Esta posición se vería mucho más reforzada cuando se materializase la fusión, que para aquel entonces, estaba prevista entre RWE y VEW³²⁹ y que era examinada por la Oficina Federal Alemana de la Competencia (*Bundeskartellamt*)³³⁰.

La fusión entre VEBA y VIAG daría lugar a la creación de un duopolio, conformado por VEBA/VIAG y RWE en el mercado alemán de la distribución de electricidad en interconexión, teniendo presente -como ya se dijo- que este mercado se caracterizaba por su alta concentración. De este modo, después de la operación, se consolidarían dos bloques sólidamente integrados en sentido vertical (VEBA/VIAG y RWE) que, desde cualquier perspectiva, tendrían una gran ventaja frente a los demás competidores.

Así pues, era previsible concluir que tras la fusión no existiría competencia intensa entre VEBA/VIAG y RWE. En apoyo de esta conclusión se citan las siguientes circunstancias:

³²⁹ Empresas de Interconexión RWE AG, Essen (RWE) y VEW AG, Dortmund (VEW).

³³⁰ Operación autorizada bajo condiciones por la Oficina Federal de Competencia, mediante decisión del 3 de julio de 2000 y disponible en http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Fusion/Fusion99/B8_309_99.pdf. Entre los principales compromisos impuestos para autorizar la fusión, destacamos la apertura a la competencia en el área cubierta por la red eléctrica de REW y VEW y que hasta la fecha de la operación estaba sometida a un régimen de monopolio; la exigencia para REW/VEW de hacer un desglose en la facturación de todos sus clientes, indicando de manera detallada cada uno de los componentes del precio final facturado (por ejemplo cargos por uso de la red, precio de la energía, medición, lecturas, impuestos, etc). Esta última medida pretendía dotar al mercado de una mayor transparencia y al mismo tiempo, evitar que RWE/VEW, aprovechando la propiedad sobre la red, realizara subsidios cruzados sobre sus precios de venta. Por otra parte, REW y VEW fueron obligadas, tanto por la Comisión Europea en la decisión VEBA/VIAG, como por la Autoridad Federal de Competencia, a llevar a cabo un plan de desinversiones en distintas empresas del sector energético, como por ejemplo en VEAG y LAUBAG, sus proveedoras de carbón y en el caso de RWE, a la venta de sus acciones en las empresas de gas “Spreegas” (Spreegas Gesellschaft für Gasversorgung und Energiedienstleistungen, Cottbus) y “Gaso” (Gasversorgung Sachsen-Ost GmbH, Dresden). Esta medida tenía como finalidad restablecer las condiciones de competencia entre los suministradores de gas en el oriente de Alemania, donde también operaba VEW. *Vid.* Noticia de la Oficina Federal de Competencia Alemana, de 4 de julio de 2000, disponible en http://www.bundeskartellamt.de/wEnglisch/News/Archiv/ArchivNews2000/2000_07_04.php

el hecho de que VEBA/VIAG y RWE alcanzaran aproximadamente el mismo volumen de negocios en el mercado alemán de distribución de electricidad en interconexión; su capacidad y la configuración similar de sus respectivos parques de generación³³¹; el carácter homogéneo de la electricidad como producto; la posibilidad de mantener el reparto de clientes según las antiguas zonas monopolísticas de operación³³²; el reducido crecimiento previsto de la demanda³³³; sus participaciones cruzadas en empresas competidoras; el hecho de que estas empresas competidoras tuviesen una posición bastante inferior en el mercado y la inexistencia de una competencia significativa del exterior.

Por el contrario, la dimensión que VEBA/VIAG tendría en el mercado después de la fusión, similar a la de RWE después de su fusión con VEW, sería propicia para que, por

³³¹ Para la Comisión, RWE y VEBA/VIAG tenían una estructura de costes comparable, estructuras empresariales parecidas y estaban verticalmente integradas en todos los niveles del sector eléctrico. *Vid.* Apartados 75, Decisión de la Comisión de 13 de junio de 2000, COMP/M. 1673, *VEBA/VIAG*, publicada en el DOUE L 188 de 10 de julio de 2001, pág. 1-52, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001D0519:EN:HTML>

³³² Incluso después de iniciado el proceso de liberalización del sector eléctrico alemán, las empresas de interconexión, incluidas VEBA, VIAG y RWE, mantuvieron su área de suministro tradicional. Esta era una zona geográfica delimitada, legalmente protegida de la competencia y en la que la empresa de interconexión operaba como un monopolio. En cada zona, la empresa de interconexión dominante tenía una cuota de mercado superior al 50%. Así las cosas, la existencia de estas viejas demarcaciones ofrecía unas condiciones idóneas para la realización de prácticas concertadas por parte de estas empresas. *Vid.* Apartado 80, Decisión de la Comisión de 13 de junio de 2000, COMP/M. 1673, *VEBA/VIAG*, publicada en el DOUE L 188 de 10 de julio de 2001, pág. 1-52, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001D0519:EN:HTML>

³³³ Para la autoridad comunitaria, el beneficio a largo plazo derivado de la renuncia a una competencia efectiva probablemente resultaría preferible al éxito a corto plazo logrado mediante una competencia agresiva teniendo presente el poco margen de mercado disponible. *Vid.* Apartado 82, Decisión de la Comisión de 13 de junio de 2000, COMP/M. 1673, *VEBA/VIAG*, publicada en el DOUE L 188 de 10 de julio de 2001, pág. 1-52, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001D0519:EN:HTML>

ejemplo, a partir de unas prácticas concertadas no agresivas, estas empresas maximizasen de manera idéntica sus beneficios³³⁴.

En suma, la operación de fusión entre VEBA y VIAG (teniendo en cuenta la operación de fusión entre RWE y VEW que simultáneamente analizaba la Oficina Federal de Competencia de Alemania), favorecía la creación de condiciones idóneas para la presencia de un comportamiento coordinado³³⁵, que derivase en prácticas concertadas restrictivas de la competencia, así como el reforzamiento de una posición dominante compartida en el mercado.

3.2.3. Decisión de la Comisión.

Para la autoridad comunitaria resultaba claro que la fusión propuesta, tal y como había sido notificada, daría lugar a la creación o al fortalecimiento de posiciones dominantes en el mercado, en el sector eléctrico alemán, en la industria química, y, en consecuencia, era incompatible con el mercado común y con el funcionamiento del espacio económico europeo³³⁶.

³³⁴ Vid. Apartado 64, Decisión de la Comisión de 13 de junio de 2000, COMP/M. 1673, *VEBA/VIAG*, publicada en el DOUE L 188 de 10 de julio de 2001, pág. 1-52, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001D0519:EN:HTML>

³³⁵ Vid. GARAYAR, Emiliano; “Control de Concentraciones en el Sector de la Energía”, en: *Anuario de la Competencia 2002*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2003, pag.132.

³³⁶ Vid. Apartado 214, Decisión de la Comisión de 13 de junio de 2000, COMP/M. 1673, *VEBA/VIAG*, publicada en el DOUE L 188 de 10 de julio de 2001, pág. 1-52, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001D0519:EN:HTML>

Así las cosas, ciñéndose al sector eléctrico, las partes presentaron una serie de compromisos, cuya ejecución contrarrestaba los efectos anticompetitivos que la fusión pudiese generar.

Estos compromisos consistían en desinversiones en otras empresas suprarregionales de interconexión y se garantizaba la compra de electricidad a empresas competidoras como VEAG. También, VEBA/VIAG eliminaban los cargos especiales que efectuaban a otras empresas por el uso de su red (componente T)³³⁷. Además, estas empresas se comprometían a presentar un desglose detallado de su facturación y liberarían capacidad en el interconector situado en la frontera con Dinamarca³³⁸.

Sobre la base de lo anteriormente expuesto, la Comisión aceptó los compromisos propuestos. Pero insistió en que estos deberían estar directamente relacionados con los compromisos que RWE presentaría a la Oficina Federal de la Competencia Alemana, a la vista de su concentración con VEW y que fueron anteriormente mencionados.

³³⁷ Vid. ANUNCIBAY ABAD, Ainhoa; “Medidas de Consecución y Protección del Proceso de Liberalización del Mercado Eléctrico”, en: *Derecho de la Competencia Europeo y Español*, Volumen V, Editorial Dykinson, Madrid, 2004, pág. 318 y apartados 30, 39, 120 y ss, Decisión de la Comisión de 13 de junio de 2000, COMP/M. 1673, *VEBA/VIAG*, publicada en el DOUE L 188 de 10 de julio de 2001, pág. 1-52, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001D0519:EN:HTML>

³³⁸ Concretamente, VEBA y VIAG se comprometieron a vender sus participaciones en VEAG y en BEWAG. VEBA se comprometió a vender su participación en la empresa de interconexión HEW y en la empresa RHENAG. VIAG se comprometió a vender su participación en RWE o en VEW, según el resultado de la concentración entre estas empresas. La nueva empresa VEBA/VIAG compraría electricidad a VEAG, a precio de mercado, directamente o a través de sus empresas regionales de suministro, desde la fecha de aprobación de la fusión hasta el 31 de diciembre de 2007. Finalmente, ambas partes se comprometían a liberar 400 MW de capacidad en el interconector ubicado en la frontera con Dinamarca. Vid. Apartados 215 a 225, Decisión de la Comisión de 13 de junio de 2000, COMP/M. 1673, *VEBA/VIAG*, publicada en el DOUE L 188 de 10 de julio de 2001, pág. 1-52, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001D0519:EN:HTML>

Para la autoridad comunitaria, estos compromisos garantizaban que en el mercado alemán del suministro de electricidad en interconexión no surgiría un duopolio dominante entre RWE/VEW y VEBA/VIAG, gracias a ellos aumentaría el número y la importancia de otros competidores independientes. A este respecto, por ejemplo, VEAG se constituía, a partir de la fusión entre VEBA/VIAG, como un nuevo competidor de RWE/VEW y de VEBA/VIAG, con unas dimensiones cercanas a las que tenía VIAG y con un favorable potencial de crecimiento³³⁹.

En consecuencia, gracias a los compromisos presentados por las partes, que igualaban las condiciones de competencia entre los agentes del mercado³⁴⁰, la Comisión decidió declarar compatible con el mercado común la fusión entre VEBA y VIAG, siempre y cuando se cumplieran tales compromisos.

Así las cosas, producto de esta fusión, surge la empresa E.ON AG (en adelante E.ON), convirtiéndose en aquel momento, en la cuarta empresa de energía más grande de Europa, detrás de EDF, ENEL y RWE/VEW³⁴¹. Posteriormente, en julio del 2002, E.ON adquiere el control exclusivo de la empresa británica de energía “Powergen”³⁴² y en

³³⁹ Entre las fortalezas de VEAG, resaltadas por la Comisión, se encontraban su moderno parque de centrales de generación y sus posibilidades de importación de electricidad desde Polonia. *Vid.* Apartado 238, Decisión de la Comisión de 13 de junio de 2000, COMP/M. 1673, *VEBA/VIAG*, publicada en el DOUE L 188 de 10 de julio de 2001, pág. 1-52, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001D0519:EN:HTML>

³⁴⁰ En el mercado de suministro de electricidad en interconexión.

³⁴¹ *Vid.* KRIEGLSTEIN, Felix B; “Implications of the VEBA/VIAG Decision on Future Electricity Mergers”, en: *European Competition Review*, volumen 22, entrega 2, febrero, editorial Sweet & Maxwell, Oxford, 2001, pág. 47.

³⁴² Decisión de la Comisión del 23 de noviembre de 2001, asunto COMP/M.2443, *E.ON/POWERGEN*, publicada en el DOUE C 364 de 20 de diciembre de 2001, pág. 15 y disponible en http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases/decisions/m2443_en.pdf

2003, después de un largo proceso, adquirió el control exclusivo de la empresa alemana de Gas “Ruhrgas AG”, convirtiéndose así en una de las principales empresas energéticas a nivel mundial³⁴³.

La fusión de VEBA con VIAG representó la respuesta “corporativa” del sector eléctrico alemán al proceso de liberalización que previamente se había impulsado en esta industria, como resultado de la política comunitaria de liberalización del sector energético.

A nuestro entender, el surgimiento de E.ON -como nuevo actor del sector energético alemán- fue el primer movimiento importante de reestructuración de la industria energética europea, anticipándose a lo que, a partir de ese momento, sería un dinámico proceso de concentraciones que –en la actualidad- mantiene una intensa actividad³⁴⁴.

³⁴³ En el momento de elaboración del presente apartado, el grupo E.ON tenía un nivel de ventas para el año 2007, de 68.731 millones de euros y contaba con más de 87.000 empleados distribuidos en Europa, Rusia y Estados Unidos. De esta forma, E.ON era la segunda “multiutility” del sector energético más importante del mundo, por detrás de Gazprom y seguida de Suez. Paralelamente, era la sexta empresa más grande de Alemania según sus ingresos y ocupaba el puesto 52 entre las empresas más grandes del mundo. Fuente: Fortune Magazine, edición “Global 500”, julio 21, 2008, información disponible en <http://money.cnn.com/magazines/fortune/global500/2008/snapshots/8093.html> y pagina Corporativa de E.ON: <http://www.eon.com/en/unternehmen/2040.jsp>

³⁴⁴ Un primer estudio elaborado por el Centro de Economía Industrial de la Escuela Nacional Superior de Minas de Paris, presenta un catalogo de 95 operaciones de concentración llevadas a cabo en el sector eléctrico europeo entre enero de 1998 y junio del 2002. En este estudio se indica que durante este periodo, E.ON, incluida la operación VEBA/VIAG, había realizado 15 operaciones de concentración empresarial. Vid. CODOGNET, Marc-Kévin; GLACHANT, Jean-Michel; LÉVÊQUE, François y PLAGNET, Marie-Anne; “*Mergers and Acquisitions in the European Electricity Sector. Cases and Patterns*”, Centre d’économie industrielle (CERNA), Ecole Nationale Supérieure des Mines de Paris, Paris, 2002, pág. 6 y ss. Estudio preparado para el segundo simposio internacional en M&A en el sector eléctrico de la Unión Europea y disponible en <http://www.cerna.ensmp.fr/Documents/FL-MA-MAsEU.pdf>

En este orden de ideas, la importancia de esta operación radica, en primer lugar, en el detallado análisis que realiza la Comisión del sector eléctrico alemán y las proyecciones de la evolución del sector como herramienta de previsión de los futuros efectos de la operación.

En segundo lugar, es importante resaltar que, para la autoridad comunitaria, la aprobación de la fusión entre VEBA y VIAG, implicaba –necesariamente- reforzar la posición de otros competidores que pudiesen hacer contrapeso a la nueva empresa y cuya posición, según la Comisión, se haría más fuerte a medida que avanzara el proceso de liberalización.

Se equivocaba la Comisión en sus predicciones. De hecho, en la actualidad, el grado de integración de los mercados eléctricos es tan limitado que, en la mayoría de los casos, la Comisión continua otorgando dimensión nacional a los mercados eléctricos, lo que evidencia que el proceso de liberalización e integración no ha avanzado con el ritmo esperado por esta autoridad.

Por su parte, el proceso de liberalización del sector eléctrico en Alemania, en contra de lo que suponía la Comisión Europea, no ha derivado en un cambio sustancial en el mapa de la estructura industrial del sector. En efecto, actualmente E.ON y RWE continúan siendo los mayores operadores del mercado³⁴⁵, lejos de sus competidores y, paradójicamente,

³⁴⁵ Vid. Sentencia del Tribunal Federal de Justicia Alemán (*Bundesgerichtshof*), de 11 de noviembre de 2008, asunto KVR60/07, *E.ON/Stadtwerke Eschwege*, disponible en lengua alemana en la página web del Tribunal Federal Alemán: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=pm&Datum=2008&Sort=3&nr=46093&linked=bes&Blank=1&file=dokument.pdf> y noticia de prensa No. 206/2008 del Bundesgerichtshof, disponible en <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=2008-11&nr=45846&linked=pm&Blank=1>

mas fortalecidos gracias a su nueva connotación de “campeones nacionales mutiservicios”, en especial, en el caso de E.ON.

En efecto, el 11 de noviembre de 2008, el Tribunal Federal Alemán (Bundesgerichtshof – BGH-), confirmó la decisión que previamente había tomado la Oficina Federal de Competencia, en el sentido de prohibir a E.ON la adquisición de una participación accionarial (un 33%) en la empresa municipal de energía Stadtwerke Eschwege, que opera en el Estado de Hesse.

En esta sentencia, el Tribunal consideró que, a pesar del proceso de liberalización llevado a cabo en 1998, en Alemania, el sector eléctrico mantiene la estructura de un duopolio dominante entre RWE y E.ON y, por ende, no se puede hablar de un sector en libre competencia.

Para el Tribunal, los restantes competidores, como EnBW, no tienen la dimensión, ni actualmente existen las condiciones suficientes para que puedan ejercer una presión competitiva significativa frente a E.ON o RWE³⁴⁶. Además, la competencia proveniente de agentes externos es poco significativa debido a las limitaciones técnicas de la red de transmisión.

En fin, la aparición de E.ON fue uno de los primeros pasos en la vertiginosa oleada de concentraciones llevadas a cabo en el sector eléctrico durante la última década. El mapa energético europeo comenzaba a reorganizarse, gracias a que determinadas empresas

³⁴⁶ Así las cosas, la posición dominante que ostenta E.ON se vería aun mucho mas reforzada si adquiriese una participación accionaria en Eschwege, teniendo en cuenta, además, que RWE y E.ON participan actualmente, del capital de 204 empresas de distribución de energía. En la actualidad, el grupo E.ON tiene presencia en los siguientes sectores: energía eléctrica, gas, energías renovables y en el comercio de productos energéticos. Por su parte el grupo RWE opera en el sector eléctrico, el gas, agua, en la disposición de residuos y el reciclaje. Fuente: Pagina Web Corporativa: <http://www.eon.com/en/unternehmen/2097.jsp> y <http://www.rwe.com/generator.aspx/language=en/id=7260>

apostaron por consolidar su posición con fundamento en una estrategia de expansión regional, amparada -en ciertos casos- por la tutela de los Gobiernos, que comulgaban con este expansionismo corporativo.

3.3. Operación EDF/EnBW.

3.3.1. Características de la operación y empresas participantes.

El 31 de agosto de 2000, la Comisión Europea recibió la notificación sobre una operación de concentración, mediante la cual la empresa francesa Electricité de France (EDF), junto con Zweckverband Oberschwäbische Elektrizitätswerke (OEW), pretendían adquirir el control conjunto de la empresa alemana Energie Baden-Württemberg AG (EnBW), competidora en el mercado francés. Según las características de la operación proyectada, EnBW se convertiría en una empresa en participación bajo el control conjunto de EDFI (Electricité de France International) y OEW³⁴⁷.

En punto a las partes involucradas en la operación, por un lado se encontraba EDF: una empresa “*multiutility*”, propiedad del Estado Francés que participaba en esta operación a través de su filial, Electricité de France International (EDFI), una sociedad holding.

Por otro lado, OEW era una asociación de nueve distritos públicos del sudoeste de Alemania, cuyo principal objetivo era ser accionista en distintas empresas del sector energético. En el momento de la operación, OEW poseía el 34,5% de las acciones de EnBW.

³⁴⁷ Decisión de la Comisión de 7 de febrero de 2001, caso COMP/M.1853, *EDF/EnBW*, publicada en el DOUE L 059 de 28 de febrero de 2002, pág. 1-17 y disponible en http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases/decisions/m1853_20010207_600_es.pdf

EnBW es una empresa suprarregional de interconexión alemana, integrada verticalmente, con participación en todas las actividades eléctricas (generación, transporte, distribución y comercialización), principalmente en el sudoeste de Alemania. Adicionalmente, esta empresa también participaba en las actividades de distribución de gas a municipios, telecomunicaciones, el reciclado de residuos y servicios financieros³⁴⁸.

Debemos destacar que, previamente a la operación, los principales accionistas de EnBW eran: EDFI con una participación accionarial de un 25,005%³⁴⁹, OEW con otro 34,5%, Landeselektrizitätsverband Württemberg con un 12,04%, Gemeindeelektrizitätsverband Schwarzwald Donau con un 8,82%, Technische Werke der Stadt Stuttgart GmbH con un 9,00%, entre otros.

3.3.2. Consideraciones de la Comisión.

Una vez sostenida la dimensión comunitaria de la operación de concentración, la Comisión determinó que el mercado de producto de referencia era el suministro de electricidad a clientes cualificados, es decir, clientes que dado su nivel de consumo podían elegir libremente su suministrador³⁵⁰.

³⁴⁸ En la actualidad EnBW, es una empresa *multiutility*, presente (a través de diversas filiales del grupo) en los negocios de producción, transmisión, distribución, comercialización y “trading” de electricidad; importación, desarrollo de infraestructuras, almacenamiento, transmisión, distribución, comercialización y “trading” de gas; entre otros. Vid. Pagina web corporativa de EnBW: <http://www.enbw.com/content/en/group/segments/index.jsp>

³⁴⁹ Gracias a la compra hecha en 1999 a Landesstiftung Baden Württemberg GmbH (filial del estado de Baden Württemberg) de su participación accionaria en EnBW, y que posteriormente, gracias a sucesivas adquisiciones menores, se convirtió en un 34,5%.

³⁵⁰ Clientes que de acuerdo al artículo 22 de la Ley Francesa de Electricidad -vigente en aquel momento- eran aquellos con una demanda por instalación igual o superior a 16 GWh/anuales. Vid. Artículo 22 de la Ley 2000-108, de 10 de febrero de 2000 (*Loi n° 2000-108 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité*), disponible en

Por otra parte, para la autoridad comunitaria, el mercado geográfico de referencia a tener en cuenta en su evaluación, era exclusivamente el mercado francés. Tal delimitación se debía a las limitaciones técnicas existentes para la importación de electricidad, concretamente la limitada capacidad de interconexión aprovechable. Esta capacidad era inferior al 10%, comparada con la capacidad de generación instalada en Francia, siendo un argumento de peso para descartar la posibilidad de considerar un mercado geográfico superior al nacional³⁵¹.

Así las cosas, la operación entrañaba problemas de competencia teniendo en cuenta la posición dominante de EDF en el mercado francés de clientes cualificados. Esta posición dominante se derivaba de su cuota superior al 80% del mercado de suministro de clientes cualificados, incluida la autoproducción de electricidad.

Del mismo modo, EDF era y continua siendo, el principal productor de electricidad en Francia. En aquel entonces, su capacidad de generación instalada era de 103,5 GW, con un parque de generación mixto compuesto de centrales nucleares, centrales térmicas a carbón y/o gas e hidroeléctricas. De acuerdo con el consumo total de electricidad en

http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=C446396019C5FAD4BD3E27DB1A7FBF0B.tpdjo15v_3?cidTexte=LEGITEXT000005629085&dateTexte=20081204. Esta ley ha sufrido diversas modificaciones s, entre las cuales cabe resaltar las introducidas por la ley n°2006-1537 del 7 de diciembre de 2006 (que modifico el artículo 22 mencionado), la ley n°2007-290 del 5 de marzo de 2007 , la ley n°2008-776 del 4 de agosto de 2008 y la mas reciente, por el decreto n°2008-1161 del 13 de noviembre de 2008.

³⁵¹ *Vid.* Considerandos 20 a 25, Decisión de la Comisión de 7 de febrero de 2001, caso COMP/M.1853, *EDF/EnBW*, publicada en el DOUE L 059 de 28 de febrero de 2002, pág. 1-17 y disponible en http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases/decisions/m1853_20010207_600_es.pdf

Francia en 1999 (430 TWh) y el suministro total de electricidad de EDF en el mismo año (417,6 TWh), la cuota de mercado de la empresa pública francesa ascendía a un 97%³⁵².

En este contexto, los otros productores de electricidad, que participaban en el mercado francés, tenían únicamente una cuota marginal de producción y suministraban electricidad principalmente a la misma EDF³⁵³. Así las cosas, es obvio que estas empresas no representaban una competencia significativa para EDF en el suministro a clientes cualificados y menos aun cuando existían limitaciones de carácter legal para los productores independientes, que le restringían su capacidad para desempeñar un papel más activo en este mercado³⁵⁴.

A las circunstancias anteriormente expuestas, se sumaba el hecho de que -en aquel momento- era difícil para los nuevos competidores, especialmente para los proveedores extranjeros, entrar a competir en el mercado eléctrico francés.

³⁵² Vid. Considerandos 26 a 28, Decisión de la Comisión de 7 de febrero de 2001, caso COMP/M.1853, *EDF/EnBW*, publicada en el DOUE L 059 de 28 de febrero de 2002, pág. 1-17 y disponible en http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases/decisions/m1853_20010207_600_es.pdf

³⁵³ Empresas como la “Compagnie Nationale du Rhône (CNR)” y la “Société Nationale d’Electricité et de Thermique (SNET)”, ambas empresas participadas por EDF.

³⁵⁴ En efecto, conforme al artículo 22 de la Ley de electricidad y al artículo 2 del Decreto n° 2000-1069 de 30 de octubre de 2000, los productores autorizados sólo podían comprar electricidad, para revenderla a clientes cualificados, hasta máximo un 20% de su capacidad de producción instalada. Vid. Artículo 22, Ley 2000-108, de 10 de febrero de 2000, disponible en http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=C446396019C5FAD4BD3E27DB1A7FBF0B.tpdjo15v_3?cidTexte=LEGITEXT000005629085&dateTexte=20081204. Este artículo ha sido modificado por la ley n°2006-1537 del 7 de diciembre de 2006.

Si el competidor extranjero se decidía a entrar en el mercado local utilizando la capacidad de generación situada en Francia, el acceso a esta capacidad debía realizarse a través de EDF, que era el principal productor de electricidad. Además, el competidor veía limitado al 20% su capacidad de generación respectiva, como ya hemos advertido.

La entrada como productor independiente en el mercado de producción se dificultaba por los altos costos necesarios para el establecimiento de las instalaciones y, por otra parte, si la capacidad de la instalación superaba los 4,5 MW, era necesario contar con una autorización del Ministerio de Energía. Además, hay que tener presente que el nuevo competidor con un parque de generación basado en combustibles fósiles, no podría competir con los precios ofertados por EDF, merced al importante parque de generación nuclear de esta última³⁵⁵.

Para la Comisión, era preocupante que EDF, en su condición de monopolio integrado, pudiese influir significativamente en el precio de suministro de electricidad a clientes cualificados, trasladando los márgenes de estos clientes al sector de los clientes que no pueden elegir libremente su proveedor. Para la autoridad comunitaria, el sistema de un tope máximo de precios que cubre los costes del servicio, vigente para el mercado de clientes no cualificados, no era una garantía de que no se pudiesen presentar subsidios cruzados.

Así las cosas, después de exponer la situación del sector eléctrico francés, que en aquel momento presentaba serios problemas respecto al grado de liberalización de su mercado (y aun hoy los tiene), la Comisión determinó que la operación propuesta, reforzaría la posición dominante de EDF en el mercado de suministro para clientes cualificados en

³⁵⁵ *Vid.* Considerandos 32 a 40, Decisión de la Comisión de 7 de febrero de 2001, caso COMP/M.1853, *EDF/EnBW*, publicada en el DOUE L 059 de 28 de febrero de 2002, pág. 1-17 y disponible en http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases/decisions/m1853_20010207_600_es.pdf

Francia. Esta decisión se apoyaba –entre otras- en la circunstancia de que se estaría eliminando un competidor en el escasamente competitivo sector eléctrico francés y en que se reforzaría la posición de EDF como proveedor paneuropeo³⁵⁶

Respecto al mercado francés y la eliminación de EnBW como potencial competidor, la Comisión resaltó que este mercado era atractivo para los proveedores extranjeros, especialmente tratándose de empresas alemanas. En este orden de ideas, debido a la liberalización del mercado eléctrico alemán, el precio de la electricidad para los clientes industriales en Alemania no era superior al de Francia y, por consiguiente, los productores alemanes de electricidad podrían hacer ofertas competitivas a este tipo de clientes en Francia.

La Comisión consideraba que EnBW era uno de los competidores potenciales mejor situados para entrar en el mercado francés por sus dimensiones y localización. En efecto, como ya hemos mencionado en el caso VEBA/VIAG, EnBW era una de las empresas de interconexión más importantes de Alemania y su zona de suministro, en este caso, era considerada estratégica³⁵⁷.

³⁵⁶ El posible interés de EnBW por entrar en el mercado francés se veía reforzado también por la circunstancia especial de que esta empresa había creado filiales en Austria, Países Bajos, Italia, Polonia y España con miras a consolidar una cartera de grandes clientes industriales en el marco de contratos paneuropeos de suministro, es decir, contratos de suministro de energía con un solo cliente, que se ejecutan en más de un estado de la Unión Europea. Por su parte EDF, también se comenzaba a posicionar en el mercado europeo a través de sus participaciones en múltiples empresas de electricidad como Estag en Austria, Ise en Italia, London Electricity en el Reino Unido, entre otras. *Vid.* Considerando 51, 53, 65, 66 y 85, Decisión de la Comisión de 7 de febrero de 2001, caso COMP/M.1853, *EDF/EnBW*, publicada en el DOUE L 059 de 28 de febrero de 2002, pág. 1-17 y disponible en http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases/decisions/m1853_20010207_600_es.pdf

³⁵⁷ En efecto, EnBW operaba en el sudoeste de Alemania, que tiene una extensa frontera común con Francia. Además, EnBW era la propietaria de la red de transmisión de alta tensión en su zona de suministro, con una longitud de 3500 km y dos de las cuatro redes de interconexión francoalemanas se encontraban en la zona de EnBW. La capacidad de interconexión de EnBW a través de sus redes eran, aproximadamente, 1,2 GW. Según la Comisión, si a

Sobre la base de lo anteriormente expuesto, al adquirir el control conjunto de EnBW, EDF estaría menos expuesta a la competencia en Francia y tendría la posibilidad de participar en el recientemente liberalizado mercado alemán (en el que hasta la fecha no estaba presente), a través de un competidor posicionado como EnBW, mientras que su situación de privilegio en Francia seguiría estando protegida.

Después de este análisis, la Comisión consideró que la operación así planteada, presentaba serios problemas de competencia. Frente a esta conclusión, las partes notificantes ofrecieron una serie de compromisos para solucionar los problemas de competencia, entre los cuales destacamos:

- La realización de desinversiones por parte de EDF en empresas eléctricas locales, como la empresa “Compagnie Nationale du Rhône (CNR)”³⁵⁸, que se convertiría después de estas desinversiones en productor y comercializador independiente de electricidad, competidor de EDF.

esta capacidad se sumaba la electricidad que EnBW recibía por sus participaciones en el parque de generación de EDF, EnBW podría abastecer entre un 5 y un 15% del consumo de los clientes cualificados franceses. *Vid.* Decisión de la Comisión de 7 de febrero de 2001, caso COMP/M.1853, *EDF/EnBW*, publicada en el DOUE L 059 de 28 de febrero de 2002, pág. 1-17 y disponible en http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases/decisions/m1853_20010207_600_es.pdf

³⁵⁸ Empresa que tenía una capacidad de generación instalada de 2,785 GW y que vendía parte de su electricidad a EDF. Una sexta parte de su capital social pertenecía a EDF, empresa que, además, nombraba a uno de sus 30 consejeros y gestionaba CNR desde 1946. *Vid.* Considerando 29, Decisión de la Comisión de 7 de febrero de 2001, caso COMP/M.1853, *EDF/EnBW*, publicada en el DOUE L 059 de 28 de febrero de 2002, pág. 1-17 y disponible en http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases/decisions/m1853_20010207_600_es.pdf

- La renuncia, por parte de EDF, al ejercicio de su derecho de voto en CNR y su compromiso a retirar a su representante en el consejo de administración.
- El compromiso, por parte de EDF, de comprar energía, en caso de que CNR lo considerase como medida adecuada para competir progresivamente en Francia, en el mercado de comercialización a clientes cualificados.
- El compromiso, por parte de EDF, de poner a disposición de sus competidores un total de 6.000 MW de capacidad de generación, por un periodo de 5 años, a partir de la decisión de la operación de concentración.

3.3.3. Decisión de la Comisión.

La Comisión decidió declarar compatible con el mercado común la operación de concentración, porque consideró que ésta no crearía ni reforzaría una posición dominante que pudiese obstaculizar la competencia efectiva en una parte substancial del mercado común.

No obstante, esta declaración de compatibilidad estuvo sujeta al cumplimiento de compromisos propuestos por EDF³⁵⁹. En este sentido, la aprobación condicionada al cumplimiento de compromisos, se ha convertido en una práctica habitual en la evaluación de concentraciones, en particular, en las operaciones llevadas a cabo en el sector energético, a la vista de la tendencia del sector a su concentración, a la formación de oligopolios, a la presencia de barreras de entrada, a las prácticas colusorias, etc.

³⁵⁹ En el año 2008, EDF tenía una participación accionaria en EnBW del 46,07%. *Vid.* Pagina web corporativa de EDF: http://actionnaires.edf.com/fichiers/fckeditor/File/Finance/common/doc-ref/DDR2007PerimetreCC_vf.pdf

En el caso que examinamos debemos destacar que era muy importante la posición de EnBW, como un eventual competidor de EDF en el mercado francés, en atención a su área geográfica de suministro. Adicionalmente, la proyectada adquisición de control por parte de EDF, descartaría la posibilidad de que EnBW se convirtiese en un importante actor como suministrador pan-europeo de energía, reforzándose así aun más la posición de EDF en el mercado europeo.

Sobre este extremo, es pertinente realizar dos precisiones. En primer lugar, uno de los principales objetivos de la política energética de la Unión Europea es que -gracias al proceso de liberalización y a la integración de los mercados- sea posible satisfacer las necesidades energéticas mediante los contratos pan-europeos de energía; es decir, contratos mediante los cuales un mismo suministrador atiende las necesidades de un cliente en distintos estados de la Unión Europea. Piénsese, por ejemplo, en un grupo industrial con instalaciones en España, Francia y Alemania, cuya demanda de energía (gas y/o electricidad) puede ser atendida integralmente en los tres países por una sola empresa energética (EDF, E.ON, Endesa, etc), mediante un único contrato de energía

No obstante, para que en la práctica se pueda generalizar este sistema de contratación, es necesario contar con un avanzado proceso de liberalización energética en toda la Unión Europea, donde los grandes consumidores puedan escoger libremente su suministrador y negociar directamente con ellos el coste del servicio. Del mismo modo, es necesario eliminar las barreras de entrada (técnicas³⁶⁰ y legales) a los competidores extranjeros y que la libertad de establecimiento y la libre circulación de capitales al interior de la Unión sean principios consolidados y de recíproco respeto en cada Estado comunitario.

³⁶⁰ Tratándose de barreras técnicas, hay que tener presente que también es importante contar con una suficiente capacidad de interconexión de las redes de los países fronterizos.

En segundo lugar, hay que resaltar la importancia que la Comisión Europea le otorgó en su evaluación al suministro pan-europeo, siendo esta Decisión del año 2001, adoptada poco tiempo después de haberse iniciado el proceso de liberalización del sector energético en Europa. A nuestro entender, en esta Decisión, la importancia de lograr un equilibrio competitivo en un futuro mercado común de la energía, fue el razonamiento determinante en la valoración de fondo de la concentración.

No obstante, como hemos anticipado, la consolidación de este mercado común no ha sido fácil. Las autoridades comunitarias han trabajado para que el proceso de integración y liberalización energética avance con mayor celeridad y, como resultado, la Comunicación *“Una Política Energética para Europa”*, presentó todo un paquete de medidas para responder a los retos de la actual política energética europea y a la problemática que ha experimentado el proceso de liberalización ³⁶¹. En este sentido, los principales problemas que se han identificado en el desarrollo del mercado interior de la energía, son los siguientes³⁶²:

- El deficiente proceso de transposición de las Directivas Comunitarias sobre el mercado interior. Estas deficiencias hacían que en algunos Estados aun existieran precios regulados que impedían la entrada en el mercado a nuevas empresas.

³⁶¹ Comunicación de la Comisión de 10 de enero de 2007, (COM (2007) 1 final), no publicada en el DOUE y disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2007:0001:FIN:ES:HTML>. Uno de los documentos que integran este paquete de medidas, es la Comunicación de la Comisión *“Perspectivas del Mercado Interior del Gas y la Electricidad”*.

³⁶² Vid. Apartado 1.3. Comunicación de la Comisión de 10 de enero de 2007, (COM (2006) 0841 final) y disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2006:0841:FIN:ES:HTML>

- La insuficiente separación de los operadores de los sistemas de transporte y distribución.
- Las situaciones de acceso discriminatorio de terceros a la red debido, especialmente, al acceso preferencial otorgado a empresas históricas ya establecidas con contratos de largo plazo.
- Las insuficientes competencias de los reguladores.

Para resolver esta problemática, la Comisión ha fijado unas líneas de acción, recogidas en la normativa comunitaria que integra el tercer paquete de liberalización del sector energético europeo (que entrará en vigor el 3 de marzo de 2011), dirigidas a³⁶³:

- Consolidar la separación entre la gestión de las redes de gas y electricidad de las actividades de producción o distribución.
- Tener una red europea de energía mucho más integrada e interconectada
- Garantizar la seguridad del suministro energético limitando la vulnerabilidad frente a interrupciones de suministro o frente a los riesgos asociados a la importación de recursos energéticos.
- Reducir las emisiones de gases de efecto invernadero.

³⁶³ Directiva 2009/72/CE, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad; Directiva 2009/73/CE, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural; Reglamento (CE) 713/2009, por el que se crea la Agencia de Cooperación de los Reguladores de la Energía; Reglamento (CE) 714/2009, relativo a las condiciones de acceso a la red para el comercio transfronterizo de electricidad y Reglamento (CE) 715/2009, sobre las condiciones de acceso a las redes de transporte de gas natural. Toda esta normativa es de 13 de julio de 2009 y se encuentra disponible en <http://eur-lex.europa.eu/es/index.htm>. *Vid. supra*. Apartado 4.1. del primer capítulo.

- Mejorar los índices de eficiencia energética, impulsar las energías renovables y aplicar una política energética común.

Por último, es necesario mencionar que en materia de competencia en el sector energético, la Comisión ha reconocido que en el actual estado de desarrollo del mercado interior de la energía, no es posible “garantizar a cualquier empresa comunitaria el derecho a vender gas y electricidad en cualquier Estado miembro en condiciones de igualdad con las empresas nacionales históricas, sin discriminaciones ni desventajas”. Del mismo modo, tampoco se ha avanzado lo deseado en materia de libre elección de suministrador por parte de los consumidores. Así las cosas, el tiempo ha demostrado que aun hacen falta más esfuerzos por parte de los Estados y las autoridades comunitarias, para que podamos hablar de un suministro pan-europeo de energía, en los términos pretendidos por la Comisión³⁶⁴.

3.4. Operación Grupo Villar Mir/EnBW/Hidroeléctrica del Cantábrico.

3.4.1. Características de la operación y empresas participantes.

³⁶⁴ Para la Unión de la Industria Eléctrica (EURELECTRIC), el aprovechamiento de las experiencias obtenidas en el funcionamiento de los mercados regionales de electricidad debería ser una parte integral de la política energética comunitaria con miras a consolidar un mercado energético pan-europeo. Para esta asociación, el desarrollo y consolidación de los mercados regionales de electricidad, como el Mercado ibérico de la Energía (MIBEL), son el paso previo necesario con miras a la consolidación futura de un mercado único energético a nivel continental. *Vid.* EURELECTRIC; “*EURELECTRIC’s Position Paper on the 3rd Energy Package*”, Bruselas, diciembre de 2007, pág. 4. Documento disponible en <http://www2.eurelectric.org/Content/Default.asp?PageID=627>; Apartado 1.4. Comunicación de la Comisión de 10 de enero de 2007, (COM (2006) 0841 final). Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2006:0841:FIN:ES:HTML>.

El 4 de abril de 2001, la Comisión Europea recibió la notificación sobre una operación de concentración, mediante la cual las empresas Grupo Villar Mir y Energie Baden-Württemberg (en adelante EnBW), pretendían adquirir el control conjunto de Hidroeléctrica del Cantábrico S.A. (en adelante Hidrocantábrico), a través de una oferta pública de adquisición de acciones presentada por Ferroatlántica S.L. (en adelante Ferroatlántica).

Entre los sujetos intervinientes en la operación se encontraba por una parte EnBW. Como hemos visto, esta era una empresa alemana de interconexión, dedicada a la producción, transporte, distribución y comercialización de electricidad, controlada por Electricité de France (EDF) y por Zweckverband Oberschwäbische Elektrizitätswerke (OEW).

Por otra parte, Ferroatlántica era una empresa perteneciente al Grupo Villar, según los términos de la concentración, después de ejecutada la operación, estaría sujeta al control conjunto de Grupo Villar y de EnBW³⁶⁵, ya que esta última adquiriría el 50% de su capital³⁶⁶.

Por otro lado, Hidrocantábrico se dedicaba a la generación, distribución y comercialización de electricidad y en el momento de la operación, era la cuarta compañía eléctrica española, por detrás de Endesa, Iberdrola y Unión Fenosa. Hidrocantábrico

³⁶⁵ Vid. Decisión de la Comisión de 26 de septiembre de 2001, asunto COMP/M.2434, *Grupo Villar MIR/EnBW/Hidroeléctrica del Cantábrico*, publicada en el DOUE L 048 de 18 de febrero de 2004, pág. 86 -110, disponible en http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m2434_es.pdf

³⁶⁶ Ferroatlántica se dedicaba a la producción, distribución y comercialización, de varios tipos de metales y ferroaleaciones, así como a la producción de energía hidroeléctrica.

también se dedicaba a la distribución y comercialización de gas, y participaba en el sector de las telecomunicaciones en Asturias³⁶⁷.

En este orden de ideas, el control conjunto de Hidrocantábrico por parte del Grupo Villar Mir y de EnBW se ejercería a través de Ferroatlantica, empresa vehículo que controlaba el 59,66% de Hidrocantábrico. Este porcentaje otorgaba a Ferroatlantica la mayoría absoluta en los derechos de voto y el derecho a designar la mayoría de los miembros del Consejo de Administración³⁶⁸.

3.4.2. Consideraciones de la Comisión.

Una vez determinada la dimensión comunitaria de la operación, la Comisión consideró que el mercado de producto de referencia era el mercado mayorista (*pool*)³⁶⁹,

³⁶⁷ En la actualidad, Hidrocantábrico pertenece al Grupo Electricidade de Portugal (EDP), después de una operación de adquisición de acciones llevada a cabo en el año 2004. Mediante esta operación, EDP adquirió el control exclusivo de Hidrocantábrico, gracias a la compra de una participación accionaria del 56,2 %, que sumada al 39,51% que poseía previamente, le otorgó exclusividad en el control de la empresa eléctrica española. *Vid.* Decisión de la Comisión de 9 de septiembre de 2004, asunto COMP/M.3448, *Electricidade de Portugal/ Hidroeléctrica del Cantábrico*, publicada en el DOUE C 252 de 12 de octubre de 2004, pág. 4 y disponible en http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m3448_en.pdf

³⁶⁸ *Vid.* Apartados 13-16, Decisión de la Comisión de 26 de septiembre de 2001, asunto COMP/M.2434, *Grupo Villar Mir/EnBW/Hidroeléctrica del Cantábrico*, publicada en el DOUE L 048 de 18 de febrero de 2004, pág. 86 - 110, disponible en http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m2434_es.pdf

³⁶⁹ Según el Tribunal de Defensa de la Competencia Español, en el mercado mayorista concurrían en régimen de competencia, por el lado de la oferta, la energía eléctrica ofertada por el régimen ordinario, la energía ofertada por el régimen especial de más de 50 MW y la importada. Por el lado de la demanda, participaban los distribuidores (que vendían energía a clientes a tarifa como Endesa, Iberdrola, Hidrocantábrico, etc), los comercializadores (que vendían energía a clientes cualificados) y los clientes cualificados, que son grandes consumidores de electricidad. Asimismo formaba parte del *pool*, el mercado de energía negociada mediante contratos bilaterales (suscritos entre generadores y clientes cualificados). *Vid.* Apartado 5.2. Informe del Tribunal de Defensa de la Competencia, Exp.

concretamente el mercado diario, dejando de lado el mercado intradiario y los contratos bilaterales. En el momento de la operación, en este mercado, se negociaba más del 90% de la electricidad vendida en el mercado mayorista ³⁷⁰. Por otra parte, para la Comisión, el mercado geográfico a tener en cuenta en su evaluación era el territorio español.

Ahora bien, una vez analizados los principales indicadores del sector eléctrico español, para la autoridad comunitaria, era evidente que, en aquel momento, los principales operadores del sector, Endesa e Iberdrola, disponían de un gran poder de mercado. Este poder de mercado se manifestaba, en primer lugar, en su capacidad instalada de producción de energía eléctrica. Esta capacidad, representaba el 83% del total de capacidad de generación en España, muy lejos de la capacidad de Unión Fenosa, que en aquel momento tenía un 12%, y de la de Hidrocantábrico, que ostentaba un 5%³⁷¹.

En segundo lugar, el poder de mercado de Endesa e Iberdrola se veía reflejado en el índice de participación en las ventas de electricidad, realizadas en el mercado mayorista (en el mercado diario). En el caso de Endesa, estas ventas oscilaban entre el 40 y el 45%

60/00, *Fusión por absorción de IBERDROLA, S.A. por ENDESA, S.A.*, disponible en <http://www.cncompetencia.es/html/concentraciones/index.asp?codigo=6000>

³⁷⁰ Vid. Apartados 18-23, Decisión de la Comisión de 26 de septiembre de 2001, asunto COMP/M.2434, *Grupo Villar MIR/EnBW/Hidroeléctrica del Cantábrico*, publicada en el DOUE L 048 de 18 de febrero de 2004, págs. 86 - 110, disponible en http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m2434_es.pdf

³⁷¹ En mayo de 2001, la capacidad instalada de producción de electricidad de Endesa oscilaba entre un 40 y un 50% del total de la capacidad de producción en España, mientras que la capacidad de Iberdrola se situaba entre un 35 y un 40% del total. Vid. Apartado 35, Decisión de la Comisión de 26 de septiembre de 2001, asunto COMP/M.2434, *Grupo Villar MIR/EnBW/Hidroeléctrica del Cantábrico*, publicada en el DOUE L 048 de 18 de febrero de 2004, págs. 86 - 110, disponible en http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m2434_es.pdf

de las ventas totales llevadas a cabo durante el periodo enero-mayo del 2001. En el caso de Iberdrola, este porcentaje oscilaba entre el 30 y el 35%, durante el mismo periodo³⁷².

Un ulterior elemento tenido en cuenta, fue la situación de duopolio de Endesa e Iberdrola, que se había visto en buena parte favorecida por la dificultad que tenían los operadores extranjeros de entrar en el mercado español de generación de electricidad, debido a la débil capacidad de interconexión de España, especialmente, la limitada capacidad de interconexión entre Francia y España³⁷³.

Además de estas restricciones de carácter técnico, era necesario tener en cuenta que alrededor del 70-80% de la capacidad comercial del interconector entre Francia y España, había sido utilizada por EDF. Esta utilización se debía a un contrato de importación de electricidad -a largo plazo- suscrito con Red Eléctrica de España (REE), que obligaba a

³⁷² Igualmente, debía tenerse en cuenta la capacidad de Endesa e Iberdrola para fijar los precios en el mercado mayorista de electricidad gracias a su *mix* de generación, que dada su variedad y dimensión, les permitía presentar ofertas flexibles en función de las previsiones de la oferta y la demanda. En cambio, operadores como Unión Fenosa e Hidrocanábico, con un *mix* de generación reducido, tenían menos capacidad de presentar ofertas competitivas lo suficientemente flexibles. *Vid.* Apartado 37 y 41, Decisión de la Comisión de 26 de septiembre de 2001, asunto COMP/M.2434, *Grupo Villar MIR/EnBW/Hidroeléctrica del Cantábrico*, publicada en el DOUE L 048 de 18 de febrero de 2004, pág. 86 -110 , disponible en http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m2434_es.pdf

³⁷³ En el año 2001, la capacidad de interconexión comercial entre Francia y España, se situaba, en hora punta, entre 750 y 1.100 MW, y entre 400 y 700 MW, en la dirección España-Francia. Estos datos, posicionaban a España como el país europeo con la capacidad de interconexión más reducida durante las horas punta de la demanda, en comparación con los demás países de Europa. De este modo, la autoridad comunitaria catalogaba el país como una “isla energética” *Vid.* Apartados 50 a 55, Decisión de la Comisión de 26 de septiembre de 2001, asunto COMP/M.2434, *Grupo Villar MIR/EnBW/Hidroeléctrica del Cantábrico*, publicada en el DOUE L 048 de 18 de febrero de 2004, pág. 86 -110 , disponible en http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m2434_es.pdf

reservar alrededor del 80% de la capacidad del interconector y a otras operaciones de importación por parte de EDF³⁷⁴.

Así las cosas, la capacidad de interconexión restante disponible para los importadores ascendía -teóricamente- a 500-600 MW, lo que representaba únicamente, el 1,5-2,5% de la capacidad necesaria para satisfacer la demanda de España en horas punta y las importaciones de electricidad provenientes de empresas distintas a EDF representaban únicamente el 25% del total.

Sobre las base de lo anteriormente expuesto, la operación notificada reforzaría el duopolio existente en el mercado mayorista de la electricidad en España. Esta conclusión respondía al argumento de que tras la operación, EDF perdería los incentivos de que disponía para incrementar sus exportaciones de electricidad a España, a través de un aumento en la capacidad de interconexión³⁷⁵.

En efecto, según la Comisión, después de la concentración, EDF tomaría parte en el control de Hidrocantábrico, que en aquel momento contaba con una cuota de generación aproximada del 5% de la capacidad total instalada. De este modo EDF tendría una

³⁷⁴ Durante la primera quincena de noviembre del 2008, la capacidad de intercambio comercial entre Francia y España oscilaba entre 50-1.400 MW. Mientras que entre España y Francia correspondió a 300 MW. *Vid.* Página web de Red Eléctrica de España: www.ree.es. Información disponible en <http://www.ree.es/operacion/capacidades.asp>

³⁷⁵ *Vid.* Apartado 67, Decisión de la Comisión de 26 de septiembre de 2001, asunto COMP/M.2434, *Grupo Villar MIR/EnBW/Hidroeléctrica del Cantábrico*, publicada en el DOUE L 048 de 18 de febrero de 2004, págs. 86 -110, disponible en http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m2434_es.pdf

presencia directa en el mercado de generación español, desapareciendo los incentivos para aumentar la capacidad de interconexión en la frontera con Francia³⁷⁶.

Paralelamente, la interrupción en el incremento de la capacidad de interconexión entre los dos países, protegería el duopolio de Endesa e Iberdrola, al dificultar aun más el acceso al mercado local a operadores extranjeros establecidos en otros Estados.

En conclusión, la entrada de EDF en el mercado Español de generación -a través de Hidrocantábrico- acompañada de un bloqueo del aumento de la capacidad de interconexión Francia-España, supondría la consolidación del aislamiento del mercado eléctrico español, reforzaría la posición de los dos operadores locales dominantes y restringiría aun más la entrada de otros competidores extranjeros distintos de EDF³⁷⁷.

3.4.3. Decisión de la Comisión.

³⁷⁶ Vid. Apartado 109, Decisión de la Comisión de 26 de septiembre de 2001, asunto COMP/M.2434, *Grupo Villar MIR/EnBW/Hidroeléctrica del Cantábrico*, publicada en el DOUE L 048 de 18 de febrero de 2004, pág. 86 -110, disponible en http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m2434_es.pdf

³⁷⁷ Para la Comisión, EDF, era el principal competidor potencial externo de Endesa e Iberdrola gracias a su capacidad de generación de energía eléctrica en Francia, caracterizada por sus bajos costes en razón al origen nuclear de su electricidad. Además, su capacidad financiera, su política de exportaciones de electricidad a otros países y su ubicación geográfica, hacían de EDF un competidor externo aventajado frente a otros competidores europeos. Para la autoridad comunitaria, EDF, después de la operación propuesta, estaría más interesada en aprovechar su cómoda situación en el mercado oligopolístico español, beneficiándose de los precios supracompetitivos practicados en el *pool*, que en incrementar las exportaciones a través del aumento de la capacidad de interconexión. Un incremento en esta capacidad, y el consecuente aumento de las importaciones en el *pool*, llevará aparejado un descenso substancial de los precios, lo que repercutiría en los beneficios de Hidrocantábrico e, indirectamente, en los de EDF. Vid. Apartados 77 a 80 y 116, Decisión de la Comisión de 26 de septiembre de 2001, asunto COMP/M.2434, *Grupo Villar MIR/EnBW/Hidroeléctrica del Cantábrico*, publicada en el DOUE L 048 de 18 de febrero de 2004, pág. 86 -110, disponible en http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m2434_es.pdf

A la vista de los argumentos anteriormente expuestos, EDF presentó una serie de compromisos, respaldados por el Gobierno Francés, tendentes a solucionar los problemas de competencia señalados por la autoridad comunitaria³⁷⁸. Entre estos compromisos destacamos:

- EDF/RTE³⁷⁹ se comprometió a incrementar la capacidad comercial de interconexión Francia-España, en los siguientes términos: 300 MW suplementarios a través de la mejora técnica de las líneas existentes antes de finales de 2002, 1200 MW suplementarios a través de la construcción de una nueva línea y 1200 MW suplementarios a través la construcción de una línea alternativa, el desdoblamiento de una línea existente o el refuerzo de las líneas francesas.
- EDF se comprometió a apoyar el aumento de la interconexión entre Francia y España, en particular, dar apoyo concreto para el cumplimiento de los compromisos adoptados por EDF/RTE. También se comprometió a entregar a RTE los elementos que pudieran ser de utilidad para la culminación de los estudios técnico-económicos de realización de nuevas líneas u otras modalidades de refuerzo de la interconexión Francia-España.

³⁷⁸ Vid. Apartados 129 a 135, Decisión de la Comisión de 26 de septiembre de 2001, asunto COMP/M.2434, *Grupo Villar MIR/EnBW/Hidroeléctrica del Cantábrico*, publicada en el DOUE L 048 de 18 de febrero de 2004, pág. 86 - 110, disponible en http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m2434_es.pdf

³⁷⁹ Los principales compromisos los presentó EDF/RTE, una división de EDF responsable de la red nacional de transporte de Francia y de las interconexiones con sus países vecinos.

Para la autoridad comunitaria, los compromisos presentados por EDF eran adecuados para contrarrestar los efectos anticompetitivos de la operación. Así las cosas, el incremento de los niveles de interconexión posibilitarían un aumento de las exportaciones de electricidad hacia el mercado español. Este aumento de las exportaciones tendría un efecto positivo sobre el nivel de precios en el mercado mayorista y sobre la capacidad de Endesa e Iberdrola para fijarlos. Finalmente, el aumento en la capacidad de interconexión entre Francia y España, reforzaría la posibilidad de que operadores extranjeros pudiesen entrar a competir en el mercado eléctrico español³⁸⁰.

Sobre la base de lo anteriormente expuesto, la Comisión concluyó que la operación propuesta no crearía ni reforzaría una posición dominante que obstaculizase la competencia efectiva en una parte sustancial del mercado común. Por lo tanto, declaró la concentración compatible con el mercado común y con el funcionamiento del Espacio Económico Europeo (EEE), bajo la condición de que se cumplieran los compromisos presentados.

Resulta interesante destacar que los compromisos presentados por EDF tenían como finalidad contrarrestar los efectos anticompetitivos que se derivarían de aprobar la operación de forma incondicional o libre de compromisos.

En efecto, una vez que EnBW y el Grupo Villar Mir, adquiriesen el control conjunto de Hidrocantábrico, EDF tendría una participación directa en el mercado español de generación de electricidad, gracias al control de la empresa francesa sobre EnBW.

³⁸⁰ Vid. Apartados 136 a 138, Decisión de la Comisión de 26 de septiembre de 2001, asunto COMP/M.2434, *Grupo Villar MIR/EnBW/Hidroeléctrica del Cantábrico*, publicada en el DOUE L 048 de 18 de febrero de 2004, pág. 86 - 110, disponible en http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m2434_es.pdf

Así las cosas, la posición que EDF tendría en el mercado español sería lo suficientemente cómoda como para no continuar en el empeño de aumentar la capacidad de interconexión entre Francia y España. EDF perdería los incentivos para seguir trabajando en el aumento de esta capacidad y, a su vez, se vería favorecida de la posición de dominio que Endesa e Iberdrola tenían en el mercado de generación de electricidad.

En consecuencia, al interrumpirse el aumento en la capacidad de interconexión entre Francia y España, la entrada de competidores externos en el mercado español se vería limitada por una barrera de entrada técnica, reforzándose aún más la posición de dominio que en aquel momento poseían Endesa e Iberdrola, favoreciendo el aislamiento del sector eléctrico español. Por estas razones, los compromisos presentados por EDF, estaban destinados a asegurar que los trabajos de aumento de capacidad de interconexión se mantendrían en el futuro y que, de este modo, la apertura a la competencia del mercado español seguiría siendo viable, al menos, desde el punto de vista técnico.

Sobre la base de lo anteriormente expuesto, es importante destacar la posición de la Comisión en la que condicionó la operación basándose –por primera vez en el sector eléctrico– en la posición de dominio colectiva de unos agentes ajenos a la operación, Endesa e Iberdrola, quienes no participaban directamente en la operación planteada³⁸¹.

³⁸¹ Vid. GARAYAR, Emiliano; “Control de Concentraciones en.....”, *ob cit*, pag.134. Para EnBW y el Grupo Villar Mir, el Reglamento (CE) 4064/89 no permitía declarar una concentración incompatible con el mercado común, en caso de refuerzo de una posición dominante colectiva de terceras partes distintas de las partes afectadas por la concentración y menos aun al no existir vínculos estructurales entre Hidrocantábrico, Endesa e Iberdrola. No obstante, a pesar de que EnBW y el Grupo Villar Mir negaron la existencia de estos vínculos, la autoridad comunitaria probó su existencia, cobrando así mayor validez su argumentación. Entre los vínculos estructurales encontrados destacamos la presencia en el accionariado de Elcogas, S.A., donde Hidrocantábrico tenía 3-5% del capital, Endesa un 37,93%, Iberdrola un 11,10% y EDF un 25-30%. Asimismo, Endesa, Iberdrola, Unión Fenosa e Hidrocantábrico participaban en el accionariado de OMEL con un 5,71%, del capital, respectivamente. Por último Endesa, Iberdrola, Unión Fenosa e Hidrocantábrico, también participaban en el accionariado de Red Eléctrica de España (REE), con un 10% del capital. Vid. Apartado 68, 70 y 71, Decisión de la Comisión de 26 de septiembre de 2001, asunto COMP/M.2434, *Grupo Villar MIR/EnBW/Hidroeléctrica del Cantábrico*, publicada en el DOUE L 048

En este sentido, según la autoridad comunitaria, las concentraciones capaces de reforzar una posición dominante, que supusieran un obstáculo a la competencia efectiva, eran incompatibles con el mercado común, independientemente de que tal posición de dominio se ostentara por las empresas afectadas en la concentración, por empresas vinculadas estructuralmente a las mismas o por terceras empresas³⁸².

3.5. Operación ENEL/VIESGO.

3.5.1. Características de la operación y empresas participantes.

El 15 de octubre de 2001, la Comisión Europea recibió la notificación de una operación de concentración mediante la cual ENEL SpA (en adelante ENEL), pretendía la adquisición de la empresa española Eléctrica de Viesgo, S.L (en adelante VIESGO) mediante la compra del 100% de sus acciones³⁸³.

de 18 de febrero de 2004, pág. 86-110, disponible en http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m2434_es.pdf y apartado 3, artículo 2, Reglamento (CE) 4064/89, de 21 de diciembre de 1989, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31989R4064:EN:HTML>

³⁸² Esta interpretación ya tenía un precedente en el asunto *Exxon/Mobil*, en la que se analizó el reforzamiento de una posición de dominio de terceros, distintos de las partes participantes en la concentración. *Vid.* Decisión de la Comisión de 20 de septiembre de 1999, asunto IV M. 1383, *Exxon/Mobil*, publicada en el DOUE C 127 de 7 de mayo de 1999, disponible en http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m1383_19990929_600_es.pdf y Apartado 71, Decisión de la Comisión de 26 de septiembre de 2001, asunto COMP/M.2434, *Grupo Villar MIR/EnBW/Hidroeléctrica del Cantábrico*, publicada en el DOUE L 048 de 18 de febrero de 2004, pág. 86-110, disponible en http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m2434_es.pdf

³⁸³ Decisión de la Comisión de 20 de noviembre de 2001, asunto No COMP/M.2620, *ENEL/VIESGO*, publicado en el DOUE C 364 de 20 de diciembre de 2001, pág. 14, disponible en http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m2620_en.pdf.

En el momento de la operación, ENEL era una empresa italiana dedicada a la producción, distribución y suministro de electricidad en Italia, e igualmente era la propietaria de la red italiana de transmisión de electricidad. Asimismo, ENEL participaba activamente en el sector de distribución de gas en el mercado italiano³⁸⁴.

Por su parte, VIESGO era una empresa integrada verticalmente perteneciente al grupo ENDESA, dedicada a la producción de electricidad, a la venta a grandes consumidores y a la distribución de electricidad especialmente en el norte de España³⁸⁵.

La operación planteada a la Comisión consistía en la adquisición del 100% del capital de VIESGO, mediante la compra de sus acciones. En consecuencia, después de ejecutada la operación, el control exclusivo de VIESGO quedaría en manos de la empresa italiana.

3.5.2. Consideraciones de la Comisión.

Una vez comprobada la dimensión comunitaria de la operación, la Comisión abordó su análisis delimitando el mercado afectado por la concentración. Para la autoridad comunitaria, este mercado era la venta de electricidad en el mercado liberalizado y

³⁸⁴ En la actualidad, ENEL es una empresa “*multiutility*”, dedicada fundamentalmente a la producción, distribución y venta de electricidad y gas. Tiene presencia en diferentes países europeos como Bulgaria, Francia, Grecia, Italia, Rumania, Rusia, Eslovaquia y España. También opera en Estados Unidos, Canadá, México, Brasil, Costa Rica, El Salvador, Guatemala y Panamá. Gracias al control que tiene sobre ENDESA, también opera en los mercados energéticos de Colombia, Perú, Argentina, Portugal y Marruecos. Atiende a más de 52 millones de clientes en los países donde opera y es la principal empresa en el mercado italiano. El accionista mayoritario de ENEL es el Estado Italiano, con una participación aproximada del 31,2%. Vid. Pagina Corporativa de ENEL, información disponible en http://www.enel.com/en/our_company/

³⁸⁵ Vid. ANUNCIBAY ABAD, Ainhoa; “Medidas de Consecución y Protección del Proceso de...”, *ob cit*, pág. 317.

reiteró, como en Decisiones anteriores³⁸⁶, que a la vista del estado del proceso de liberalización, su dimensión no superaba el ámbito nacional.

En este orden de ideas, esta operación tenía la virtud de introducir un nuevo competidor en el mercado eléctrico español, destacando que en el año 2000, VIESGO tenía una cuota de mercado entre el 2% y el 8% del total de las ventas de energía efectuadas en el recién liberalizado mercado mayorista de energía.

En el momento de la operación, VIESGO era el quinto operador del mercado eléctrico español, por detrás de Endesa, Iberdrola, Unión Fenosa e Hidrocantábrico. Atendía a 560.000 clientes en el norte de España y tenía una capacidad instalada en generación de 2.500 MW.

La importante posición de VIESGO en el mercado sería ocupada por un nuevo competidor extranjero, ENEL, circunstancia que naturalmente fue apoyada por la Comisión, preocupada por impulsar la competencia al interior del mercado energético español y europeo. A este respecto, es necesario tener presente que uno de los principales problemas existentes en la implementación del mercado interior de la electricidad es el elevado grado de concentración de la industria eléctrica en los mercados nacionales. Incluso, esta situación ha sido reconocida como el mayor obstáculo existente para el desarrollo de una competencia mucho más dinámica y fuerte en el sector³⁸⁷.

³⁸⁶ Como así sucedió en la Decisión de la Comisión de 7 de febrero de 2001, caso COMP/M.1853, *EDF/EnBW*, anteriormente estudiada.

³⁸⁷ Vid. Apartado 3.5, Comunicación de la Comisión de 5 de enero de 2005, COM(2004) 863 final, “*Annual Report on the Implementation of the Gas and the Electricity Internal Market*”, no publicado en el DOUE, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52004DC0863:EN:HTML>

3.5.3. Decisión de la Comisión.

Para la Comisión, esta operación no conducía a solapamientos de índole vertical u horizontal, ni generaba otros efectos anticompetitivos en el mercado estudiado. Tampoco creaba ni reforzaba alguna posición dominante como consecuencia de la cual la competencia efectiva se viera significativamente afectada en el mercado común o en una parte considerable del mismo. En consecuencia, esta autoridad no se opuso a la concentración propuesta y la declaró compatible con el mercado común y con el Espacio Económico Europeo (EEE).

Aunque para la Comisión esta operación no generó ningún tipo de efecto anticompetitivo, es importante tenerla presente ya que fue una de las primeras operaciones mediante la cual un operador extranjero adquiría el control absoluto de un operador nacional y entraba, de manera directa, en el mercado español de la electricidad.

La adquisición de VIESGO por parte de ENEL representaba un primer paso de la estrategia de expansión europea proyectada por la empresa Italiana y era una muestra de su interés en el mercado energético español. Este interés se consolidaría definitivamente, seis años más tarde con su operación sobre ENDESA.

Paralelamente, la operación ENEL/VIESGO era una prueba más de que la estrategia preferida por las empresas eléctricas extranjeras para entrar en determinado mercado no era (y sigue sin serlo en la actualidad) su establecimiento como un nuevo agente competidor, a partir de nueva infraestructura en capacidad instalada, sino que era la adquisición de operadores ya establecidos en los mercados locales³⁸⁸.

³⁸⁸ Movimientos corporativos que generaban preocupación en cierta parte de la doctrina, más aún teniendo en cuenta el plan de desinversión que estaba ejecutando ENDESA en aquel momento. Según FABRA UTRAY: “Resulta contradictorio que en pleno ciclo inversor, la principal empresa eléctrica española desinvierta para reinvertir en otros sistemas eléctricos exteriores, y que los primeros entrantes en el sistema eléctrico español, EdP y

Por último hay que tener presente que una vez que la Comisión aprobó la operación, VIESGO se convirtió en ENEL VIESGO, empresa que a su vez fue adquirida el 26 de junio de 2008, por la empresa alemana E.ON, convirtiéndose así en E.ON Distribución y Energía. Esta adquisición se materializó como consecuencia de los acuerdos alcanzados entre ENEL, ACCIONA y E.ON en el proceso de adquisición de ENDESA, acuerdos a los que haremos referencia posteriormente³⁸⁹.

3.6. Operación ENI/EDP/GDP.

3.6.1. Características de la operación y empresas participantes.

El 9 de julio de 2004, la Comisión recibió una notificación de una operación de concentración en la que las empresas Energías de Portugal (en adelante EDP) y Eni SpA (en adelante ENI)³⁹⁰, pretendían adquirir el control conjunto de la empresa Gás de Portugal SGPS, SA (en adelante GDP), a través de una operación de compra de acciones³⁹¹. Asimismo, en la operación se proponía, la participación temporal de Rede

EnBW en Hidrocantabrico y ENEL en Viesgo, no invierten en nueva capacidad, sino en capacidad existente, es decir, no son nuevos entrantes, son propietarios de empresas existentes”. *Vid.* FABRA UTRAY, Jorge; “*Liberalización o Regulación? Un Mercado para la Electricidad*”, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2004, pág. 94.

³⁸⁹ *Vid. infra.* Apartados 3.8., 3.9 y 3.10 del presente capítulo.

³⁹⁰ ENI participaba en la operación a través de una filial, 100% de su propiedad, denominada “Eni Portugal Investment, SpA”.

³⁹¹ Decisión de la Comisión de 9 de diciembre de 2004, asunto COMP/M.3440, *EDP/ENI/GDP*, publicado en el DOUE L 302 de 19 de noviembre de 2005, pág. 69 a 78, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=417517:cs&lang=es&list=477824:cs,417517:cs,417498:cs,417497:cs,417183:cs,412276:cs,397876:cs,397396:cs,398141:cs,395757:cs.&pos=2&page=1&nbl=19&pgs=10&hwords=EDP~&checktexte=c heckbox&visu=#texte>

Eléctrica Nacional S.A. (en adelante REN) en GDP y la venta de la red de gas de GDP a REN³⁹².

Para la Comisión, la operación notificada se integraba de dos operaciones independientes. La primera de ellas, dirigida a la adquisición de control conjunto de GDP por EDP y ENI. La segunda, relativa al control de la red de gas por REN. Para la autoridad comunitaria, esta última operación no tenía dimensión comunitaria, comunicándoselo a la autoridad portuguesa de competencia y limitando su evaluación a la adquisición de control conjunto de GDP por EDP y ENI.

En el momento de la operación, ENI era una empresa energética italiana dedicada principalmente a la exploración, explotación, refino, distribución y comercialización de hidrocarburos. En el sector del gas natural, desarrollaba las actividades de suministro, transmisión, almacenamiento, distribución y comercialización³⁹³.

EDP era la principal empresa de electricidad de Portugal. Operaba en los sectores de generación, distribución y suministro de electricidad e igualmente, participaba en el

³⁹² Una vez materializada la adquisición del control conjunto de GDP por parte de EDP y ENI, estaba previsto un proceso de “*spin off*” de GDP. Este proceso consiste, desde la óptica empresarial, en la creación de una nueva empresa, a partir de una preexistente que le sirve de apoyo y que puede tener independencia jurídica, técnica y comercial. Este proceso se presenta con frecuencia en el sector académico, en el campo de la investigación y en las industrias de tecnología. *Vid.* Pagina Web de Universia (<http://investigacion.universia.es/spin-off/index.htm>), Investopedia (<http://www.investopedia.com/terms/s/spinoff.asp>) y tecnociencia (http://www.tecnociencia.es/especiales/spin_off/1.htm).

³⁹³ En la actualidad, ENI también opera en el sector de generación y venta de electricidad. En Diciembre de 2007, su capacidad instalada de generación eléctrica ascendía a 4.9 GW. Es una empresa con presencia en 70 países que también presta servicios de ingeniería en materia de infraestructuras relacionadas con hidrocarburos y servicios de petroquímica. Su accionista mayoritario es el Estado italiano, que a través del Ministerio de Economía y la Cassa Depositi e Prestiti SPA (CDP SpA), tiene el 30% de la participación accionarial de la empresa. *Vid.* Pagina Corporativa ENI: http://www.eni.it/it_IT/home.html.

mercado español de electricidad y gas gracias a su control sobre Hidrocantábrico³⁹⁴. En el momento de la operación, EDP estaba controlada por el Estado portugués que tenía alrededor del 30% de las acciones de la empresa³⁹⁵.

Por su parte, GDP era la empresa más importante de gas en Portugal. Se dedicaba a la importación, almacenamiento, transporte y suministro de gas. Su actividad de suministro abarcaba la demanda de grandes, medianos y pequeños consumidores. Esta empresa era una filial, propiedad al cien por cien de la empresa portuguesa Galp Energía (en adelante GALP) que a su vez, era controlada por el Estado portugués³⁹⁶ y por la empresa italiana ENI.

³⁹⁴ Vid *Supra*. Apartado 3.4. del presente capítulo.

³⁹⁵ En junio del 2008 el accionista mayoritario de EDP era el Estado portugués a través de PARPÚBLICA - Participações Públicas, SGPS, S.A., una sociedad gestora de participaciones de capital público. En el 2008, la participación accionarial de PARPÚBLICA en EDP era del 20,49%. EDP sigue siendo la principal empresa de electricidad de Portugal y está presente en los mercados energéticos de España (a través de Hidrocantábrico) y Brasil (a través de Energias do Brasil). Vid. Pagina Web Corporativa de EDP: <http://www.edp.pt/EDPI/Internet/PT/Group/AboutEDP/default.htm>

Para un análisis de la posición de EDP en el sector eléctrico portugués en los años 2002, 2003 y 2004 Vid. UNION OF THE ELECTRIC INDUSTRY (EURELECTRIC); *"Integrating Electricity Markets Through Wholesale Markets: EURELECTRIC Road Map to a Pan-European Market"*, publicación de EURELECTRIC, junio, Bruselas, 2005, pág. 16, disponible en http://ec.europa.eu/energy/electricity/report_2005/doc/established_energy_companies/06c_eurelectric_intergration_of_markets.pdf

³⁹⁶ El Estado portugués controlaba directamente un 30% de la participación accionaria de GALP e indirectamente un 18,3%. Por su parte, ENI controlaba un 33,34%. El resto de la participación accionarial era controlada principalmente por EDP con un 14,3%. En la actualidad el Estado portugués ha vendido su participación accionarial a una empresa privada portuguesa. De tal modo que, en enero del 2009, la composición accionaria de GALP era: ENI con un 33,34%, Amorim Energia con un 33,34%, Parpública - Participações Públicas con un 7%, Caixa Geral de Depósitos con un 1% y otros accionistas con un 25,32%. Vid. Pagina Web Corporativa de GALP:

Por último, aunque no era una parte notificante en la operación, REN participaba en su desarrollo. REN era la empresa encargada de gestionar la red de transmisión de electricidad, era el comprador único de los productores y revendía la electricidad a los distribuidores, quienes se encargaban del suministro final a los clientes. Estaba controlada por el Estado portugués, que poseía el 70% de sus acciones y el 30% restante pertenecía a EDP.

3.6.2. Consideraciones de la Comisión.

Una vez determinada la dimensión comunitaria de la operación, la Comisión abordó su análisis delimitando los mercados afectados por la concentración. Al tratarse del sector eléctrico, esta autoridad identificó como mercados de producto los siguientes: el suministro de electricidad al por mayor, la prestación de servicios de regulación y compensación de la energía, la red de transmisión, la red de distribución y el suministro de electricidad al por menor tanto a grandes como a pequeños consumidores³⁹⁷.

En el sector del gas, los mercados de producto afectados por la operación eran: el suministro de gas a productores de energía, el suministro de gas a empresas locales de

http://www.galpenenergia.com/Galp+Energia/Espanol/Galp+Energia/La+Empresa/Organos+Sociales+y+datos+de+la+Empresa_es.htm

³⁹⁷ Vid. Considerando 7, Decisión de la Comisión de 9 de diciembre de 2004, asunto COMP/M.3440, *EDP/ENI/GDP*, publicado en el DOUE L 302 de 19 de noviembre de 2005, pág. 69 a 78, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=417517:cs&lang=es&list=477824:cs,417517:cs,417498:cs,417497:cs,417183:cs,412276:cs,397876:cs,397396:cs,398141:cs,395757:cs.&pos=2&page=1&nbl=19&pgs=10&hwords=EDP~&checktexte=checkbox&visu=#texte>

distribución, el suministro de gas a grandes clientes industriales y el suministro de gas a pequeños clientes industriales, comerciantes y hogares³⁹⁸.

Tanto en el caso del sector eléctrico como en el sector del gas, la Comisión consideró que el mercado geográfico afectado por la operación no se extendía más allá de las fronteras del territorio portugués. Sobre este particular, la Comisión se apartó acertadamente del criterio expuesto por las partes, según el cual, tratándose del mercado de la venta de electricidad al por mayor, debería tenerse en cuenta como mercado geográfico la península ibérica, en razón a la próxima creación de un mercado ibérico de la energía (MIBEL). Para la autoridad comunitaria este razonamiento no era válido debido a la insuficiencia en materia de redes de interconexión entre los dos países, a la poca capacidad de las redes ya existentes, a la diferencia en las condiciones de competencia entre España y Portugal, a la existencia de barreras reglamentarias, entre otras³⁹⁹.

Ahora bien, tratándose del mercado mayorista de electricidad, la autoridad comunitaria consideró que EDP tenía una posición dominante puesto que en el año 2003, EDP tenía

³⁹⁸ Vid. Considerando 25, Decisión de la Comisión de 9 de diciembre de 2004, asunto COMP/M.3440, *EDP/ENI/GDP*, publicado en el DOUE L 302 de 19 de noviembre de 2005, pág. 69 a 78, disponible en [http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=417517:cs&lang=es&list=477824:cs,417517:cs,417498:cs,417497:cs,417183:cs,412276:cs,397876:cs,397396:cs,398141:cs,395757:cs,&pos=2&page=1&nbl=19&pgs=10&hwords=EDP~&checktexte=c](http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=417517:cs&lang=es&list=477824:cs,417517:cs,417498:cs,417497:cs,417183:cs,412276:cs,397876:cs,397396:cs,398141:cs,395757:cs,&pos=2&page=1&nbl=19&pgs=10&hwords=EDP~&checktexte=checkbox&visu=#texte)
[heckbox&visu=#texte](http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=417517:cs&lang=es&list=477824:cs,417517:cs,417498:cs,417497:cs,417183:cs,412276:cs,397876:cs,397396:cs,398141:cs,395757:cs,&pos=2&page=1&nbl=19&pgs=10&hwords=EDP~&checktexte=c)

³⁹⁹ Vid. CONTE, Giuseppe; LORIOT, Guillaume; ROUXEL, François-Xavier y TRETTON, Walter. "EDP/ENI/GDP: The Commission prohibits a merger between gas and electricity national incumbents", en: *Competition Policy Newsletter*, Publicación de la Comisión Europea, número 1, 2005, pág. 85, disponible en http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/cpn2005_1.pdf y Considerando 24, Decisión de la Comisión de 9 de diciembre de 2004, asunto COMP/M.3440, *EDP/ENI/GDP*, publicado en el DOUE L 302 de 19 de noviembre de 2005, pág. 69 a 78, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=417517:cs&lang=es&list=477824:cs,417517:cs,417498:cs,417497:cs,417183:cs,412276:cs,397876:cs,397396:cs,398141:cs,395757:cs,&pos=2&page=1&nbl=19&pgs=10&hwords=EDP~&checktexte=c>
[heckbox&visu=#texte](http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=417517:cs&lang=es&list=477824:cs,417517:cs,417498:cs,417497:cs,417183:cs,412276:cs,397876:cs,397396:cs,398141:cs,395757:cs,&pos=2&page=1&nbl=19&pgs=10&hwords=EDP~&checktexte=c)

en este mercado el 70% de la capacidad de generación y era el mayor importador de electricidad. Por su parte, en el mercado de distribución, EDP controlaba aproximadamente el 100 % de la distribución de electricidad en Portugal⁴⁰⁰.

En efecto, la capacidad de GDP de convertirse en el principal competidor de EDP en el mercado de electricidad en Portugal, era previsible y se sustentaba en argumentos validos: su acceso competitivo al gas, como recurso fundamental para el funcionamiento de las centrales de producción de electricidad con tecnología de ciclo combinado⁴⁰¹. Además, GDP podría fundamentar su estrategia comercial en su marca y en sus clientes de gas, a quienes podría ofrecer un suministro conjunto de gas y electricidad⁴⁰².

⁴⁰⁰ Vid. Considerando 30, Decisión de la Comisión de 9 de diciembre de 2004, asunto COMP/M.3440, *EDP/ENI/GDP*, publicado en el DOUE L 302 de 19 de noviembre de 2005, pág. 69 a 78, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=417517:cs&lang=es&list=477824:cs,417517:cs,417498:cs,417497:cs,417183:cs,412276:cs,397876:cs,397396:cs,398141:cs,395757:cs,&pos=2&page=1&nbl=19&pgs=10&hwords=EDP~&checktexte=c heckbox&visu=#texte>

⁴⁰¹ La tecnología de ciclo combinado era la tecnología de producción de electricidad con mayor expansión en Portugal en el momento de la operación y en todo el mundo en la actualidad. Esta tecnología consiste en utilizar la combustión del gas natural y el vapor que producen los gases de escape para generar electricidad. Estos procesos funcionan de manera complementaria, permitiendo un alto rendimiento energético. Entre sus principales ventajas encontramos que su consumo de agua es reducido frente a otros sistemas de generación de electricidad, necesitan menos combustible y, principalmente, sus efectos contaminantes (emisiones de CO₂) son considerablemente menores que los de una central eléctrica tradicional. Las centrales de ciclo combinado representan la mayoría de las centrales eléctricas construidas en Europa después del inicio del proceso de liberalización del sector energético. En este sentido, en el Reino Unido, las centrales de ciclo combinado construidas después del inicio del proceso de liberalización representaban en el año 2006, el 40% de la producción total. Vid. Pagina Corporativa Gas Natural y de Electrabel, disponibles en <http://www.gasnatural.com/servlet/ContentServer?gnpage=1-10-1¢ralassetname=1-10-BloqueHTML-729> y http://www.electrabel.es/content/mybusiness/Combined_Cycle_es.asp y FEDERICO, Giulio; “Les Effets Concurrentiels des Concentrations dans le Secteur du Gaz et de l’Electricité”, en: *Revue Lamy de la Concurrence*. Editorial Lamy, Núm. 7, Abril/Junio, 2006, Paris, Francia, pág. 10.

⁴⁰² Vid. Considerando 33, Decisión de la Comisión de 9 de diciembre de 2004, asunto COMP/M.3440, *EDP/ENI/GDP*, publicado en el DOUE L 302 de 19 de noviembre de 2005, pág. 69 a 78, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=417517:cs&lang=es&list=477824:cs,417517:cs,417498:cs,417497:cs,417183:cs,412276:cs,397876:cs,397396:cs,398141:cs,395757:cs,&pos=2&page=1&nbl=19&pgs=10&hwords=EDP~&checktexte=c heckbox&visu=#texte>

Además de eliminar a un competidor del mercado, la operación planteada otorgaría a EDP un acceso privilegiado y preferencial a la infraestructura de gas portuguesa, en detrimento de otras empresas productoras de energía eléctrica. Esta posibilidad era previsible, ya que en una fase inicial de la operación -antes de que REN pasara a controlar de manera exclusiva la red de gas- EDP sería responsable de la gestión de esta red⁴⁰³. Así las cosas, EDP podría comprender en detalle las características de su funcionamiento e influir directamente en su estrategia y gestión, en detrimento de otros competidores.

Paralelamente, EDP controlaría inicialmente el gasoducto internacional de Portugal, pudiéndolo utilizar a pleno rendimiento para evitar que sus competidores pudieran aprovecharlo. EDP, también se encargaría del manejo del almacén subterráneo de gas natural de Carriço, pudiendo restringir su acceso a otros generadores de electricidad que explotaban centrales de ciclo combinado, argumentando razones técnicas⁴⁰⁴.

[lex.europa.eu/Notice.do?val=417517:cs&lang=es&list=477824:cs,417517:cs,417498:cs,417497:cs,417183:cs,412276:cs,397876:cs,397396:cs,398141:cs,395757:cs,&pos=2&page=1&nbl=19&pgs=10&hwords=EDP~&checktexte=c
heckbox&visu=#texte](http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=417517:cs&lang=es&list=477824:cs,417517:cs,417498:cs,417497:cs,417183:cs,412276:cs,397876:cs,397396:cs,398141:cs,395757:cs,&pos=2&page=1&nbl=19&pgs=10&hwords=EDP~&checktexte=checkbox&visu=#texte)

⁴⁰³ Por un periodo de tiempo que oscilaba entre 12 y 19 meses.

⁴⁰⁴ *Vid.* Considerandos 37 y 39, Decisión de la Comisión de 9 de diciembre de 2004, asunto COMP/M.3440, *EDP/ENI/GDP*, publicado en el DOUE L 302 de 19 de noviembre de 2005, pág. 69 a 78, disponible en [http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=417517:cs&lang=es&list=477824:cs,417517:cs,417498:cs,417497:cs,417183:cs,412276:cs,397876:cs,397396:cs,398141:cs,395757:cs,&pos=2&page=1&nbl=19&pgs=10&hwords=EDP~&checktexte=c
heckbox&visu=#texte](http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=417517:cs&lang=es&list=477824:cs,417517:cs,417498:cs,417497:cs,417183:cs,412276:cs,397876:cs,397396:cs,398141:cs,395757:cs,&pos=2&page=1&nbl=19&pgs=10&hwords=EDP~&checktexte=checkbox&visu=#texte)

Por otra parte, para la Comisión, como los competidores de EDP recibían el suministro de gas para sus centrales de ciclo combinado directamente de GDP⁴⁰⁵, una vez ejecutada la concentración planteada, EDP tendría la capacidad y el incentivo de subir el precio del gas suministrado a sus competidores reales y potenciales.

Así las cosas, con fundamento en los argumentos anteriormente expuestos, EDP consolidaría su posición dominante en el mercado de electricidad al por mayor toda vez que se eliminaría a un importante competidor potencial (GDP) y también podrían aumentar los costes de la competencia⁴⁰⁶.

Respecto al mercado de electricidad al por menor, la Comisión concluyó que la operación propuesta consolidaría la posición dominante de EDP⁴⁰⁷ en este sector. En efecto, al

⁴⁰⁵ Además, la entidad resultante de la concentración tendría la posibilidad de conocer los costes reales de los insumos de sus competidores y podría fijar los precios pretendiendo así la exclusión de sus rivales. *Vid.* Considerando 42 y 43, Decisión de la Comisión de 9 de diciembre de 2004, asunto COMP/M.3440, *EDP/ENI/GDP*, publicado en el DOUE L 302 de 19 de noviembre de 2005, pág. 69 a 78, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=417517:cs&lang=es&list=477824:cs,417517:cs,417498:cs,417497:cs,417183:cs,412276:cs,397876:cs,397396:cs,398141:cs,395757:cs,&pos=2&page=1&nbl=19&pgs=10&hwords=EDP~&checktexte=c heckbox&visu=#texte>

⁴⁰⁶ *Vid.* INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (ICN); “*ICN Merger Guidelines Workbook*”, Trabajo de investigación preparado para la quinta conferencia anual del ICN, Cape Town, Sudáfrica, Abril del 2006, págs. 90 y 101, disponible en http://www.internationalcompetitionnetwork.org/media/library/conference_5th_capetown_2006/ICNMergerGuidelinesWorkbook.pdf

⁴⁰⁷ De forma adicional, EDP tenía una cuota de mercado del 92 %, en términos de volumen, en el mercado de suministro de electricidad a grandes clientes industriales y casi el 100% en el mercado de pequeños clientes. *Vid.* Considerandos 47 y 48, Decisión de la Comisión de 9 de diciembre de 2004, asunto COMP/M.3440, *EDP/ENI/GDP*, publicado en el DOUE L 302 de 19 de noviembre de 2005, pág. 69 a 78, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=417517:cs&lang=es&list=477824:cs,417517:cs,417498:cs,417497:cs,417183:cs,412276:cs,397876:cs,397396:cs,398141:cs,395757:cs,&pos=2&page=1&nbl=19&pgs=10&hwords=EDP~&checktexte=c heckbox&visu=#texte>

eliminar a GDP como su principal competidor potencial, EDP podría tomar ventaja de la base de clientes de gas de GDP, del reconocimiento de su marca en el mercado energético nacional y de su capacidad técnica de ofrecer simultáneamente gas y electricidad.

En lo que respecta al mercado del gas, GDP tenía una posición dominante en todas las actividades de este sector en Portugal, gracias a la condición de monopolio legal de la actividad⁴⁰⁸.

En este sentido, de cara al proceso de liberalización del sector energético portugués⁴⁰⁹, este proceso no arrebataría a GDP sus ventajas como operador dominante tradicional por las siguientes razones: por su experiencia y conocimiento del mercado adquirido durante años como operador principal, por la extensa base de clientes y amplio volumen de

⁴⁰⁸ Excepto en la distribución de gas natural en la región de Oporto en la que operaba la empresa Portgas, pero en la que EDP ejercía un control conjunto. *Vid.* Considerando 51, Decisión de la Comisión de 9 de diciembre de 2004, asunto COMP/M.3440, *EDP/ENI/GDP*, publicado en el DOUE L 302 de 19 de noviembre de 2005, pág. 69 a 78, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=417517:cs&lang=es&list=477824:cs,417517:cs,417498:cs,417497:cs,417183:cs,412276:cs,397876:cs,397396:cs,398141:cs,395757:cs.&pos=2&page=1&nbl=19&pgs=10&hwords=EDP~&checktexte=c heckbox&visu=#texte>

⁴⁰⁹ Proceso de liberalización que se realizaría en fases entre el 2007 y el 2010. A más tardar en el año 2010 finalizaría el proceso de liberalización para todo tipo de consumidores. Al tratarse de procesos de liberalización, la doctrina actual reitera que este es uno de los casos a tener en cuenta a la hora de definir los mercados relevantes y geográficos en la evaluación de una concentración y resaltan el carácter contextual y dinámico de esta tarea. *Vid.* CHILD, Graham y BELLAMY, Christopher; *ob cit*, pág. 252 y Considerando 6, Decisión de la Comisión de 9 de diciembre de 2004, asunto COMP/M.3440, *EDP/ENI/GDP*, publicado en el DOUE L 302 de 19 de noviembre de 2005, pág. 69 a 78, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=417517:cs&lang=es&list=477824:cs,417517:cs,417498:cs,417497:cs,417183:cs,412276:cs,397876:cs,397396:cs,398141:cs,395757:cs.&pos=2&page=1&nbl=19&pgs=10&hwords=EDP~&checktexte=c heckbox&visu=#texte>

ventas, por el sólido posicionamiento de sus marcas en el mercado, por el conocimiento del perfil, necesidades y preferencias de sus clientes, etc.

Así las cosas, teniendo en cuenta la posición de GDP en este mercado, tras la concentración prevista, se eliminaría a EDP como principal competidor potencial de GDP en el mercado del gas⁴¹⁰ y se consolidaría la posición de dominio de esta última en todas las actividades de este sector⁴¹¹.

3.6.3. Decisión de la Comisión.

Ante las preocupaciones de la Comisión sobre los efectos anticompetitivos que se derivarían en el sector energético portugués a raíz de la operación planteada, las partes presentaron una serie de compromisos con la finalidad de atenuar estos efectos y así obtener una decisión favorable sobre la operación notificada.

⁴¹⁰ Para la Comisión, EDP era el principal competidor potencial de GDP en el sector del gas en Portugal. Para esta autoridad, la posición de EDP en el sector eléctrico le permitiría competir directamente contra GDP en el sector del gas una vez iniciado el proceso de liberalización. *Vid.* Considerando 56-60, Decisión de la Comisión de 9 de diciembre de 2004, asunto COMP/M.3440, *EDP/ENI/GDP*, publicado en el DOUE L 302 de 19 de noviembre de 2005, pág. 69 a 78, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=417517:cs&lang=es&list=477824:cs,417517:cs,417498:cs,417497:cs,417183:cs,412276:cs,397876:cs,397396:cs,398141:cs,395757:cs,&pos=2&page=1&nbl=19&pgs=10&hwords=EDP~&checktexte=c&checkbox&visu=#texte>

⁴¹¹ En el mercado del suministro de gas a las empresas productoras de energía, en el mercado de suministro de gas a las empresas de distribución local, en el mercado de suministro de gas a grandes clientes industriales y en el mercado minorista.

Entre los compromisos presentados -entre otros- destacan diversas desinversiones por parte de EDP en empresas del sector eléctrico⁴¹²; una moratoria en el aumento de su capacidad instalada; el arrendamiento de cierta capacidad de producción de electricidad⁴¹³; la suspensión de sus derechos de voto en empresas del sector del gas⁴¹⁴; la venta de activos en el mismo sector⁴¹⁵; el otorgamiento de garantías de acceso a terceros a

⁴¹² La reducción de las acciones de EDP en REN del 30 % al 5 % y desinversión del 10% de las acciones de EDP en Tejo Energía. *Vid.* Considerando 62, Decisión de la Comisión de 9 de diciembre de 2004, asunto COMP/M.3440, *EDP/ENI/GDP*, publicado en el DOUE L 302 de 19 de noviembre de 2005, pág. 69 a 78, disponible en [http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=417517:cs&lang=es&list=477824:cs,417517:cs,417498:cs,417497:cs,417183:cs,412276:cs,397876:cs,397396:cs,398141:cs,395757:cs.&pos=2&page=1&nbl=19&pgs=10&hwords=EDP~&checktexte=c](http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=417517:cs&lang=es&list=477824:cs,417517:cs,417498:cs,417497:cs,417183:cs,412276:cs,397876:cs,397396:cs,398141:cs,395757:cs.&pos=2&page=1&nbl=19&pgs=10&hwords=EDP~&checktexte=checkbox&visu=#texte)
[checkbox&visu=#texte](http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=417517:cs&lang=es&list=477824:cs,417517:cs,417498:cs,417497:cs,417183:cs,412276:cs,397876:cs,397396:cs,398141:cs,395757:cs.&pos=2&page=1&nbl=19&pgs=10&hwords=EDP~&checktexte=c)

⁴¹³ Arrendamiento que correspondía al 4% de la capacidad total de producción en Portugal. *Vid.* Considerando 62 y 65, Decisión de la Comisión de 9 de diciembre de 2004, asunto COMP/M.3440, *EDP/ENI/GDP*, publicado en el DOUE L 302 de 19 de noviembre de 2005, pág. 69 a 78, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=417517:cs&lang=es&list=477824:cs,417517:cs,417498:cs,417497:cs,417183:cs,412276:cs,397876:cs,397396:cs,398141:cs,395757:cs.&pos=2&page=1&nbl=19&pgs=10&hwords=EDP~&checktexte=c>
[checkbox&visu=#texte](http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=417517:cs&lang=es&list=477824:cs,417517:cs,417498:cs,417497:cs,417183:cs,412276:cs,397876:cs,397396:cs,398141:cs,395757:cs.&pos=2&page=1&nbl=19&pgs=10&hwords=EDP~&checktexte=c)

⁴¹⁴ Específicamente en Turbogás, en donde también se designarían nuevos miembros independientes en el Consejo de Administración. No obstante, este compromiso estaba únicamente limitado a un periodo de 3 años. *Vid.* Considerando 62 y 68, Decisión de la Comisión de 9 de diciembre de 2004, asunto COMP/M.3440, *EDP/ENI/GDP*, publicado en el DOUE L 302 de 19 de noviembre de 2005, pág. 69 a 78, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=417517:cs&lang=es&list=477824:cs,417517:cs,417498:cs,417497:cs,417183:cs,412276:cs,397876:cs,397396:cs,398141:cs,395757:cs.&pos=2&page=1&nbl=19&pgs=10&hwords=EDP~&checktexte=c>
[checkbox&visu=#texte](http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=417517:cs&lang=es&list=477824:cs,417517:cs,417498:cs,417497:cs,417183:cs,412276:cs,397876:cs,397396:cs,398141:cs,395757:cs.&pos=2&page=1&nbl=19&pgs=10&hwords=EDP~&checktexte=c)

⁴¹⁵ Como la venta del terminal de GNL de Sines a REN, la venta del almacén subterráneo de Carriço a REN y la venta anticipada de la red de gas de alta presión a REN. *Vid.* Considerando 62, Decisión de la Comisión de 9 de diciembre de 2004, asunto COMP/M.3440, *EDP/ENI/GDP*, publicado en el DOUE L 302 de 19 de noviembre de 2005, pág. 69 a 78, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=417517:cs&lang=es&list=477824:cs,417517:cs,417498:cs,417497:cs,417183:cs,412276:cs,397876:cs,397396:cs,398141:cs,395757:cs.&pos=2&page=1&nbl=19&pgs=10&hwords=EDP~&checktexte=c>
[checkbox&visu=#texte](http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=417517:cs&lang=es&list=477824:cs,417517:cs,417498:cs,417497:cs,417183:cs,412276:cs,397876:cs,397396:cs,398141:cs,395757:cs.&pos=2&page=1&nbl=19&pgs=10&hwords=EDP~&checktexte=c)

la red de gas; liberar capacidad en gasoductos⁴¹⁶, la eliminación de reservas de capacidad, entre otros.

Para EDP y ENI, los compromisos presentados tenían como finalidades: atenuar la posición de dominio de EDP y GDP, facilitar la entrada de nuevos competidores en el mercado energético portugués e incrementar la ventaja competitiva de terceros, especialmente teniendo presente el proceso de liberalización del sector energético que se llevaba a cabo en Portugal.

A la vista de estos compromisos y después de ser evaluados, la autoridad comunitaria consideró que no eran suficientes para contrarrestar los efectos anticompetitivos de la operación, en particular, ninguno de estos compromisos contrarrestaba la pérdida de GDP como principal competidor potencial de EDP en el mercado eléctrico portugués, ni de EDP en el mercado del gas.

Una de las principales objeciones formuladas a estos compromisos, era que buena parte de ellos se caracterizaban por su limitada temporalidad y una magnitud insuficiente, comparados con los efectos de la operación. En este sentido, los compromisos no garantizaban la entrada de nuevos competidores en el mercado de producción de energía eléctrica, en el mercado de suministro de electricidad al por menor, ni en el mercado de suministro de gas a productores de energía.

⁴¹⁶ EDP proponía liberar un porcentaje de capacidad en el gasoducto España-Portugal, en el punto de entrada portugués. No obstante, la Comisión constató que la capacidad liberada correspondía a menos del 10 % de la capacidad total del gaseoducto. *Vid.* Considerando 62 y 70, Decisión de la Comisión de 9 de diciembre de 2004, asunto COMP/M.3440, *EDP/ENI/GDP*, publicado en el DOUE L 302 de 19 de noviembre de 2005, pág. 69 a 78, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=417517:cs&lang=es&list=477824:cs,417517:cs,417498:cs,417497:cs,417183:cs,412276:cs,397876:cs,397396:cs,398141:cs,395757:cs.&pos=2&page=1&nbl=19&pgs=10&hwords=EDP~&checktext=c&checkbox&visu=#texte>

En el sector del gas, los compromisos también eran insuficientes, en el sentido de que no evitaban la consolidación de la posición de dominio que GDP tenía en los mercados de suministro de gas a los productores de energía, en el suministro de gas a las empresas locales de distribución y en el suministro a grandes clientes industriales y a pequeños consumidores.

Como consecuencia de los argumentos anteriormente mencionados, la Comisión decidió declarar la concentración incompatible con el mercado común, toda vez que consolidaba posiciones de dominio en la mayoría de los mercados del gas y de la electricidad en Portugal; circunstancia que obstaculizaba de manera significativa la competencia en una parte importante del mercado común.

A nuestro entender, deben compartirse los argumentos de la decisión. Además, debe subrayarse que los efectos anticompetitivos de la operación cobraban mayor dimensión, debido a que -en aquel momento- no existía en Portugal ningún otro agente competidor importante, ni en sector del gas, ni en el sector eléctrico que, después de la operación, estuviese en condiciones de hacer una competencia directa a EDP o a GDP.

Por otra parte, no resultaban convincentes los argumentos de las partes que tomaban en consideración la competencia, por parte de agentes externos, en un futuro Mercado Ibérico de la Energía (MIBEL); mercado que en el año 2004 no había entrado en pleno funcionamiento. Del mismo modo, el proceso de liberalización del sector energético portugués, aun estaba en marcha y no era lógico afirmar que, tras la operación, mejorarían las condiciones de competencia en un mercado liberalizado⁴¹⁷.

⁴¹⁷ Por el contrario, ante la insuficiencia de los compromisos presentados por las partes, los efectos de esta operación podrían perjudicar la consolidación del proceso de liberalización del sector energético portugués y sus condiciones de competencia. *Vid.* TOTH, A.G; *ob cit*, pág. 223.

En este caso, la intención de crear un “campeón nacional” en el mercado energético portugués⁴¹⁸, colisionaba con el desarrollo del mercado interno al facilitarse la creación futura de una gran empresa “*multiutility*”, que no tendría ningún competidor equivalente en el mercado nacional⁴¹⁹.

Así pues, al bloquear esta concentración e impedir la formación de un “campeón nacional”, la Comisión transmitió a los demás Estados miembros el mensaje de que -en defensa del mercado común- las normas de competencia también serían estrictamente aplicadas en el sector energético, independientemente de las empresas involucradas en las operaciones de concentración y de los intereses nacionales en juego⁴²⁰.

Por último, hay que destacar que EDP presentó, ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, un recurso de anulación frente a la decisión tomada por la Comisión, basándose en diversos argumentos. En primer lugar, que la Comisión no había demostrado que la competencia efectiva en el mercado común era obstaculizada de forma significativa, por la creación o el refuerzo de una posición dominante⁴²¹. En segundo

⁴¹⁸ Intención que a nuestro modo de ver, bien podría haber sido evaluada de una manera distinta por la autoridad comunitaria en un escenario más avanzado de competencia y liberalización del MIBEL.

⁴¹⁹ *Vid.* CHILD, Graham y BELLAMY, Christopher; *ob cit*, pág. 745.

⁴²⁰ *Vid.* CAMERON, Peter D; “The Internal Market in Energy: Harnessing the New Regulatory Regime”, en: *European Law Review*, volumen 30, N° 5, Editorial Sweet & Maxwell, Londres, 2005, pág. 632.

⁴²¹ Requisito contemplado en el artículo 2, apartado 3, del Reglamento 4064/89. *Vid.* Considerando 45, Reglamento (CEE) No. 4064/89, de 21 de diciembre de 1989, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31989R4064:EN:HTML>

lugar, en la existencia de errores de apreciación por parte de la Comisión en punto a los compromisos presentados por las partes⁴²².

Antes de aclarar la posición del Tribunal respecto al primer argumento alegado por EDP, hay que tener presente el criterio del Tribunal frente a la normativa que definía bajo qué parámetros se debía declarar incompatible una operación de concentración, es decir, el artículo 2, apartado 3, del Reglamento 4064/89.

Para el Tribunal, en esta norma se contemplaban dos requisitos acumulativos relativos. Por un lado, la creación o el reforzamiento de una posición dominante. Por otro lado, el hecho de que la competencia efectiva en el mercado común fuese obstaculizada de forma significativa por la creación o el reforzamiento de una posición dominante.

En este orden de ideas, frente al argumento de EDP, el Tribunal aclaró que la Comisión no había tratado la cuestión de si se cumplía el segundo requisito de la norma (la obstaculización significativa de la competencia efectiva en el mercado común por la creación o el reforzamiento de una posición dominante) como una consecuencia automática del primero (la creación o al reforzamiento de una posición dominante) sino que -por el contrario- la Comisión había fundamentado su razonamiento en el hecho de que los obstáculos significativos resultantes para la competencia (como, por ejemplo, la desaparición de GDP como competidor potencial de EDP y viceversa) reforzaban las posiciones dominantes de EDP y de GDP⁴²³.

⁴²² Vid. Considerando 41, Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 21 de septiembre de 2005, caso T-87/05, *EDP/Comisión de las Comunidades Europeas*, publicada en el DOUE C 281, de 12 de noviembre del 2005, pág. 22.

⁴²³ Este criterio coincidía con la decisión de la Comisión de que la concentración propuesta reforzaría las posiciones dominantes preexistentes de EDP y de GDP, con la consecuencia de que la competencia efectiva se vería obstaculizada significativamente en el mercado de la electricidad al por mayor, en los mercados de la electricidad al por menor, en los mercados del suministro de gas a los productores de electricidad, a los grandes clientes, a los

Para el Tribunal, este razonamiento era totalmente válido y aclaró, además, que cuando la Comisión concluyó que los compromisos presentados por las partes eran insuficientes para resolver los problemas de competencia identificados, se entendía que seguía existiendo el refuerzo de la posición dominante de EDP y de GDP, puesto que subsistían los obstáculos significativos para la competencia como aquellos mencionados en el párrafo anterior.

Además, EDP no había argumentado ni probado en su demanda que las consideraciones sobre competencia, aducidas por la Comisión en su decisión, no eran aptas para demostrar la existencia de un obstáculo significativo para la competencia efectiva. Así las cosas, por todas estas razones, el Tribunal rechazó el argumento del demandante⁴²⁴.

Por último, respecto al segundo argumento presentado por EDP, relativo a la existencia de errores de apreciación por la Comisión, en punto a los compromisos presentados por las partes, el Tribunal consideró que el demandante no había probado el carácter manifiesto de los errores de apreciación, motivo por el cual también fue rechazado y, por consiguiente, fue desestimada la demanda⁴²⁵.

pequeños clientes, etc. *Vid.* Considerando 52, Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 21 de septiembre de 2005, caso T-87/05, *EDP/Comisión de las Comunidades Europeas*, publicada en el DOUE C 281, de 12 de noviembre del 2005, pág. 22.

⁴²⁴ *Vid.* Considerandos 55, 57 y 58, Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 21 de septiembre de 2005, caso T-87/05, *EDP/Comisión de las Comunidades Europeas*, publicada en el DOUE C 281, de 12 de noviembre del 2005, pág. 22.

⁴²⁵ El TJCE resolvió desestimar el recurso presentado por EDP y condenarle en costas. *Vid.* Considerandos 141 a 237; 242 y 243, Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 21 de septiembre de 2005, caso T-87/05, *EDP/Comisión de las Comunidades Europeas*, publicada en el DOUE C 281, de 12 de noviembre del 2005, pág. 22.

3.7. Operación IBERDROLA/SCOTTISH POWER.

3.7.1. Características de la operación y empresas participantes.

El 12 de enero de 2007, la Comisión recibió una notificación⁴²⁶ de una operación de concentración, mediante la cual la empresa española Iberdrola S.A. (en adelante IBERDROLA), pretendía la adquisición de la totalidad de la empresa SCOTTISH POWER PLC (en adelante SCOTTISH), mediante la compra del 100% de sus acciones. Esta operación se llevaría a cabo mediante un acuerdo entre las partes y permitiría a IBERDROLA ejercer el control exclusivo de SCOTTISH⁴²⁷.

IBERDROLA es una empresa “*multiutility*”, presente en los mercados de generación, distribución y suministro de electricidad, en el suministro de gas al por mayor y al por menor, en el sector de importación de gas, en el área de la ingeniería, en la construcción y en los servicios inmobiliarios. Sus actividades se centran principalmente en España, en América Latina y, en menor medida, en algunos otros países europeos como Portugal, Francia, Alemania, Grecia y Polonia⁴²⁸.

⁴²⁶ Decisión de la Comisión de 26 de marzo de 2007, caso COMP/M.4517, *IBERDROLA / SCOTTISHPOWER*, publicada en el DOUE C 110 de 16 de mayo de 2007 y disponible en http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m4517_20070326_20310_en.pdf

⁴²⁷ Operación valorada en 17.100 millones de euros y que creaba el tercer grupo energético más importante de Europa por detrás de la empresa francesa EDF y la alemana E.ON.

⁴²⁸ A principios de 2009, Iberdrola era la principal empresa energética española, con una capacidad instalada de 42.650 MW, mas de 21 millones de clientes en Europa y América y con una importante presencia en países Latinoamericanos como México, Brasil, Bolivia y Chile. *Vid.* Pagina Corporativa de Iberdrola, <http://www.iberdrola.es/webibd/corporativa/iberdrola?IDPAG=ESWEBCONLINLATINOAMER&codCache=12341937463749462>

Por su parte, SCOTTISH era una empresa escocesa presente en los mercados de generación, transmisión y distribución de electricidad, así como en el suministro de gas y electricidad. Participaba activamente en el negocio de las energías renovables y también era titular de instalaciones de almacenamiento de gas. El mercado geográfico en el que opera SCOTTISH era, principalmente, el Reino Unido⁴²⁹.

3.7.2. Consideraciones de la Comisión.

Una vez determinada la dimensión comunitaria de la operación, la Comisión abordó su análisis delimitando los mercados afectados por la concentración. Al tratarse del sector eléctrico, la Comisión identificó como mercados de producto los siguientes: la producción de electricidad, el suministro al por mayor, la distribución y el suministro de electricidad al por menor para clientes domésticos, comerciales e industriales⁴³⁰.

Asimismo, también debían tenerse en cuenta como mercados independientes afectados por la operación, los productos financieros derivados del comercio de electricidad y el comercio de derechos de emisión⁴³¹.

⁴²⁹ Antes de la operación, Scottish Power tenía 5,2 millones de clientes en el Reino Unido, era la quinta empresa energética de este país teniendo en cuenta su volumen de negocio, número de clientes, etc., y tenía una importante capacidad instalada en energías renovables en el Reino Unido y en Estados Unidos. *Vid.* Página Corporativa Scottish Power (<http://www.scottishpower.com/>) y el Mundo (<http://www.elmundo.es/mundodinero/2006/11/10/economia/1163156595.html>)

⁴³⁰ *Vid.* Apartado 10, Decisión de la Comisión de 26 de marzo de 2007, caso COMP/M.4517, *IBERDROLA / SCOTTISHPOWER*, publicada en el DOUE C 110 de 16 de mayo de 2007 y disponible en http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m4517_20070326_20310_en.pdf

⁴³¹ Mercados que también habían sido asociados a operaciones de concentración en el sector eléctrico en los casos *DONG/ELSAM/ENERGI E2* (Decisión de la Comisión de 14 de marzo de 2006, caso COMP/M.3868, publicado en el DOUE L 133 de 25 de mayo de 2007, págs. 24-36) y *DRESDNER BANK/GAZPROMBANK/JV* (Decisión de la

Respecto a la limitación del mercado geográfico, las partes afirmaron que el área de referencia para todos los mercados del sector eléctrico involucrados en la operación, era el ámbito nacional, es decir, el territorio del Reino Unido (Inglaterra, Escocia y Gales)⁴³².

No obstante la definición del área geográfica no fue definida expresamente por la Comisión ya que -según su criterio- no existían preocupaciones en materia de restricciones a la competencia derivadas de esta concentración y, en consecuencia, no era necesario definir específicamente el área de influencia de la operación.

Ahora bien, respecto al análisis de fondo de los mercados afectados, el mismo se centró exclusivamente en el mercado de productos financieros derivados del comercio de

Comisión de 19 de diciembre de 2006, caso COMP/M.4376, publicado en el DOUE DO C 6 de 11 de enero de 2007, pág. 6).

⁴³² En cuanto a la venta de electricidad al por mayor, la Comisión reconoció que su tendencia ha sido limitar este mercado al ámbito nacional, pero afirmó que deja abierta la posibilidad de que en determinados casos pueda otorgarse dimensión internacional a este mercado. También resaltó que, para considerar si un mercado tiene dimensión nacional o internacional, su análisis se ha centrado en la capacidad de las líneas de interconexión internacional de un país con sus vecinos. *Vid.* Apartado 15, Decisión de la Comisión de 26 de marzo de 2007, caso COMP/M.4517, *IBERDROLA / SCOTTISHPOWER*, publicada en el DOUE C 110 de 16 de mayo de 2007 y disponible en http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m4517_20070326_20310_en.pdf

electricidad, en el comercio de derechos de emisión⁴³³ y en la producción de electricidad⁴³⁴.

Al tratarse de los productos financieros derivados del comercio de electricidad y el comercio de derechos de emisión, un aspecto importante que debe tenerse en cuenta es que se les reconoció un ámbito geográfico de carácter amplio, extendido al Espacio Económico Europeo (EEE)⁴³⁵ y a la Unión Europea (UE). Por este motivo, en el momento de evaluar la cuota de mercado que las partes tenían en estos dos sectores, este

⁴³³ El mercado de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, está regulado por la Directiva 2003/87/CE, de 13 de octubre de 2003, publicada en el DOUE L 275 de 25 de octubre de 2003, pág. 32/46 y disponible en http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=es&type_doc=Directive&an_doc=2003&nu_doc=87

⁴³⁴ Para la autoridad comunitaria, como IBERDROLA no tenía presencia en el Reino Unido y SCOTTISH concentraba la mayoría de su actividad en este país, no se derivarían restricciones importantes para la competencia, bien fuesen de carácter vertical u horizontal, en los mercados del suministro al por mayor de electricidad, la distribución y el suministro al por menor para clientes domésticos, comerciales o industriales. *Vid.* Apartado 21, Decisión de la Comisión de 26 de marzo de 2007, caso COMP/M.4517, *IBERDROLA / SCOTTISHPOWER*, publicada en el DOUE C 110 de 16 de mayo de 2007 y disponible en http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m4517_20070326_20310_en.pdf

⁴³⁵ Acuerdo firmado en mayo de 1992 entre los 12 Estados miembros de la Comunidad Europea y los Estados miembros de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC), Austria, Finlandia, Islandia, Noruega, Suiza, Liechtenstein y Suecia. El objetivo de este acuerdo era la creación de un mercado único que abarcara la Comunidad Europea y los países del AELC y se fundamentaba en la libre circulación de mercancías, servicios, capitales y personas. En la actualidad, el Acuerdo EEE, se aplica a los 27 países miembros de la UE y a los actuales 3 Estados miembros de la AELC: Islandia, Noruega y Liechtenstein. Suiza, aunque no formó parte del EEE al no ratificar el acuerdo en 1992, sigue siendo miembro de la AELC. *Vid.* PARLAMENTO EUROPEO, “*El Espacio Económico Europeo y la ampliación de la Unión Europea*”, Ficha Temática 32, disponible en http://www.europarl.europa.eu/enlargement/briefings/32a1_es.htm

porcentaje era tan poco significativo que la Comisión concluyó que en ninguno de los dos casos se vería afectada la competencia⁴³⁶.

Sobre el mercado de producción de electricidad, hay que reseñar que el análisis se centró en los efectos futuros que se podrían derivar, en particular, en la actividad de producción de electricidad en el Reino Unido.

En este sentido, los posibles efectos anticompetitivos que podrían presentarse en este mercado, se relacionaban con la capacidad de producción de energía eólica, una fuente de producción alternativa de energía en la que Iberdrola ocupaba una posición de liderazgo mundial⁴³⁷.

Una vez evaluados los planes de inversión de parques eólicos de IBERDROLA en Gran Bretaña y Escocia, para el periodo 2006-2013, se llegó a la conclusión de que la empresa podría llegar a tener una cuota en el mercado de producción de electricidad, que oscilaría entre el 0-5% en Gran Bretaña y el 0-5% en Escocia.

Por lo demás, si se tenía en cuenta la capacidad de producción de electricidad conjunta de IBERDROLA y SCOTTISH, exclusivamente en Gran Bretaña, la cuota de las partes

⁴³⁶ Las partes estimaron que tanto en el mercado de productos financieros derivados del comercio de electricidad, como en el comercio de derechos de emisión, su cuota de mercado se encontraba entre el 0 y el 5% del total. *Vid.* Apartados 24 a 26, Decisión de la Comisión de 26 de marzo de 2007, caso COMP/M.4517, *IBERDROLA / SCOTTISHPOWER*, publicada en el DOUE C 110 de 16 de mayo de 2007 y disponible en http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m4517_20070326_20310_en.pdf

⁴³⁷ En el momento de la operación, la capacidad de producción de electricidad de IBERDROLA, con base en la tecnología eólica, ascendía a 5.000 MW y, después de la operación, sumaría unos 2.000 MW adicionales. *Vid.* Página Corporativa Iberdrola, <http://www.iberdrola.es/webibd/corporativa/iberdrola?IDPAG=ESWEBCONLINSOTTISHLIDER&codCache=12341941076945945>

resultante en el mercado de energías renovables oscilaría entre el 10 y el 20% y entre el 10 y el 30% en el sector de la energía eólica⁴³⁸.

De acuerdo con estas cifras, IBERDROLA no se convertiría en el líder de estos mercados, puesto que existían en el mercado británico otros competidores con cuotas de mercado similares que podrían hacerle una competencia equivalente como Centrica, E.ON y SSE⁴³⁹.

En este orden de ideas, a pesar de la importancia de la energía eólica en el portafolio energético de IBERDROLA, la conclusión fue que no se generaban mayores conflictos en materia de competencia en el mercado de producción de electricidad.

3.7.3. Decisión de la Comisión.

A tenor de lo establecido por el apartado 2, del artículo 2, del Reglamento 139/2004, esta operación fue declarada compatible con el mercado común, ya que no obstaculizaba de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo, en particular, como consecuencia de la creación o el refuerzo de posiciones de dominio⁴⁴⁰.

⁴³⁸ Vid. Apartados 28 a 31, Decisión de la Comisión de 26 de marzo de 2007, caso COMP/M.4517, *IBERDROLA / SCOTTISHPOWER*, publicada en el DOUE C 110 de 16 de mayo de 2007 y disponible en http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m4517_20070326_20310_en.pdf

⁴³⁹ Incluso, si únicamente se tuviese en cuenta como mercado geográfico, el territorio escocés, no se presentarían problemas de competencia ya que la cuota de mercado de las partes no excedería del 30-40% de la capacidad total de producción de electricidad, siendo mayoritaria la cuota de mercado de Scottish. Vid. Apartado 31-32, Decisión de la Comisión de 26 de marzo de 2007, caso COMP/M.4517, *IBERDROLA / SCOTTISHPOWER*, publicada en el DOUE C 110 de 16 de mayo de 2007 y disponible en http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m4517_20070326_20310_en.pdf

Para IBERDROLA, la aprobación de esta operación significó un éxito, desde el punto de vista corporativo, toda vez que adquirió el control de un importante agente en el mercado energético del Reino Unido, sin que la Comisión pudiese objetar la operación. IBERDROLA acertó en la selección del “*target*”, dadas las escasas oportunidades de inversión en el mercado energético español y la necesidad de perfilar una estrategia corporativa a mediano plazo, tendiente a posicionarse lo mejor posible en el mapa energético europeo⁴⁴¹.

Por su parte, la expansión del potencial eólico de la compañía española en mercados extranjeros, refleja una política corporativa dirigida al fomento de las energías renovables, teniendo en cuenta la importancia actual de las exigencias medioambientales en materia de producción de electricidad, la volatilidad de los precios de los hidrocarburos y los problemas derivados de la dependencia energética.

En fin, a nuestro entender, merece la pena destacar dos aspectos importantes de la presente Decisión. El primero, la evolución en el criterio de la Comisión al considerar posible la declaración de un ámbito geográfico internacional para el mercado de electricidad al por mayor, dependiendo de las circunstancias examinadas. Esta consideración, que supera su tradicional enfoque limitado al ámbito nacional, aparece a raíz de los avances en el proceso de liberalización de los mercados energéticos europeos,

⁴⁴⁰ Vid. Apartado 2, Artículo 2, Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004R0139:ES:HTML>

⁴⁴¹ Vid. DIRECCION DE ESTRATEGIA Y DESARROLLO IBERDROLA; “La Internacionalización de Iberdrola 1995-2007”, en: *Observatorio sobre el Gobierno de la Economía Internacional*, Fundación de Estudios Financieros, Papeles de la Fundación Numero 25, Madrid, 2008, pág. 65. Disponible en http://www.ieaf.es/_img_admin/1213283026N_25_web_completo.pdf

de los movimientos estratégicos de las principales empresas y, en especial, al fortalecimiento de la capacidad de las redes internacionales de interconexión.

En segundo término, debe tenerse presente la aparición de dos nuevos mercados relacionados con procesos de concentración en el sector eléctrico: el mercado de derechos de emisión de gases con efecto invernadero y el mercado de productos financieros derivados del comercio de electricidad. A estos dos mercados, la Comisión les ha reconocido un ámbito internacional, circunscrito al EEE y a la UE, a diferencia de sectores como la distribución de electricidad, el transporte, el suministro, etc; a los que la autoridad comunitaria los ha definido como mercados nacionales.

3.8. Operación E.ON/ENDESA.

3.8.1. Características de la operación y empresas participantes.

El 16 de marzo de 2006, la Comisión recibió la notificación de una operación de concentración mediante la cual la empresa energética alemana E.ON⁴⁴², adquiriría el

⁴⁴² En la actualidad, E.ON es -junto con RWE- una de las principales empresas del sector eléctrico alemán, el sector eléctrico más grande de la Unión Europea. Después de su proceso de liberalización, iniciado en 1998, este mercado también se ha transformado, desde el punto de vista de su estructura empresarial, gracias a un intenso proceso de concentraciones empresariales. Así las cosas, los principales operadores del sector eléctrico alemán son cuatro empresas: E.ON, RWE, EnBW y Vattenfall, con una especial posición de dominio de las dos primeras que, por ejemplo, controlan el 60% de la capacidad de producción de electricidad. *Vid.* PÉREZ ARRIAGA, José Ignacio; BATLLE, Carlos y VÁZQUEZ, Carlos; “Los Mercados Eléctricos en Europa”, en: *Energía: Del Monopolio al Mercado*, Editorial Thomson Civitas, Navarra, 2006, pág. 208 y ARIÑO, Gaspar; “Privatizaciones y Liberalizaciones Energéticas: Balance de Situación”, en: *Energía: Del Monopolio al Mercado*, *ob cit*, pág. 467. En relación al nacimiento de E.ON. y su posición de dominio en el mercado alemán. *Vid. supra*. Apartado 3.2.3. del presente capítulo.

control exclusivo de ENDESA⁴⁴³, mediante una Oferta Pública de Adquisición de Valores (OPA⁴⁴⁴) anunciada el 21 de febrero del mismo año⁴⁴⁵.

En este sentido, la oferta presentada por E.ON, estaba formulada por el 100% del capital social de ENDESA, a un precio de 27,5 euros por acción; precio que, posteriormente, sería mejorado en dos oportunidades. No obstante, esta oferta -que era competidora con la presentada meses antes por GAS NATURAL⁴⁴⁶- estaba condicionada a la adquisición de, como mínimo, el 50,01% de las acciones de ENDESA⁴⁴⁷.

⁴⁴³ En el momento de la operación, ENDESA era, junto con IBERDROLA, uno de los operadores dominantes del sector eléctrico español, con una cuota de mercado cercana al 40% en la actividad de producción y en el mercado mayorista de electricidad. Su capacidad instalada representaba el 33% del total nacional y, en relación a la actividad de suministro, ENDESA tenía una cuota de mercado del 35% en el sector de los consumidores industriales y del 40% en el sector de pequeños consumidores. Asimismo, ENDESA era el principal grupo energético en Suramérica, con participación en los mercados de Chile, Argentina, Perú, Brasil, Colombia. Además, también participaba en los mercados eléctricos de otros países europeos como Portugal, Francia, Italia, Alemania y Polonia. Para conocer la posición de Endesa en el mercado eléctrico colombiano. Asimismo, *Vid. infra*. Apartado. 6.2.4. del cuarto capítulo.

⁴⁴⁴ Las ofertas públicas de adquisición de valores “...son ofertas de adquisición que una persona física o jurídica formula públicamente a los titulares de acciones de una sociedad cotizada en Bolsa (o de otros valores que incorporen una opción a la conversión de a la adquisición, originaria o derivativa, de aquellas)”. *Cfr.* SÁNCHEZ CALERO, Fernando y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan; “*Instituciones de Derecho Mercantil*”, Volumen II, 31ª edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2008, pág. 326-327. Del mismo modo, *Vid. infra*. Apartado 1.3.2.2. del tercer capítulo.

⁴⁴⁵ Decisión de la Comisión de 25 de abril de 2006, caso No COMP/M.4110, *E.ON/Endesa*, publicada en el DOUE C 114 de 16 de mayo de 2006, disponible en http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m4110_20060425_20310_en.pdf

⁴⁴⁶ En relación al desarrollo de esta oferta respecto a la OPA de GAS NATURAL *Vid. infra*. Apartado 3.5. del tercer capítulo.

⁴⁴⁷ *Vid.* Documento de presentación de la OPA sobre ENDESA ante la CNMV, de fecha 21 de febrero de 2006, pág. 1. Disponible en www.cnmv.es. Para conocer algunos detalles relevantes de esta operación, desde el punto de vista

Ahora bien, en punto al impacto de la concentración en el mercado energético europeo, E.ON consideraba que esta operación estaba justificada teniendo en cuenta que el entorno competitivo de este mercado estaba cambiando rápidamente, por los siguientes factores: por los procesos de concentración llevados a cabo recientemente (con especial referencia a los ejecutados por EDF), por la fase final que enfrentaba el proceso de liberalización y por la visión de la Unión Europea de contar con un mercado único de la energía. Además, no podía pasarse por alto, las importantes necesidades energéticas de Europa en los próximos 15 años. Por ejemplo, los 250-300 GW de nueva capacidad de producción necesarios y las importantes inversiones requeridas en transmisión, interconexión y en infraestructuras de gas⁴⁴⁸.

Por otra parte, esta concentración le permitiría adquirir a E.ON una privilegiada posición de crecimiento en nuevos mercados energéticos, como el Suramericano. Además, también tendría la oportunidad de crecer en mercados europeos contiguos como Italia, Francia y Polonia. Estos beneficios, sumados al inmediato liderazgo pan-europeo, permitiría a E.ON adquirir la “dimensión de calidad” necesaria para competir en el mercado energético mundial contemporáneo⁴⁴⁹.

Es necesario destacar que, desde un principio, ENDESA valoro positivamente la oferta presentada por E.ON, aunque objetaba que el precio inicial de la oferta, no reflejaba el valor real de la empresa, objeción que fue solventada posteriormente por E.ON cuando

financiero Vid. ONTIVEROS, Emilio y ROJAS, Arturo; “Singularidad Financiera y Coste de Capital”, en: *Energía y Regulación*, Editorial Thomson Civitas, Navarra, 2007, pág. 69 y ss.

⁴⁴⁸ Vid. Presentación de la OPA de E.ON sobre ENDESA, 21 de febrero de 2006, disponible en <http://www.cnmv.es/Portal/HR/verDoc.axd?t={8d62a086-b66b-4f22-b47c-4c9461d2c6a6}>

⁴⁴⁹ *Ibidem*.

mejoró en dos oportunidades su oferta. Primero, el 2 de febrero de 2007, al ofrecer 38,75 euros por acción y, finalmente, el 26 de marzo de 2007, al ofrecer 40 euros por acción⁴⁵⁰.

3.8.2. Consideraciones de la Comisión.

Una vez definida la dimensión comunitaria de la concentración, la Comisión consideró que, tanto en el sector del gas, como en el sector eléctrico, no era necesario definir con precisión los mercados de producto y geográficos relevantes, ya que esta concentración no generaba mayores preocupaciones en materia de competencia. No obstante, realizó algunas precisiones en relación a algunos mercados eléctricos, que consideramos necesario resaltar⁴⁵¹:

- a) En el mercado de suministro de electricidad, debía diferenciarse el suministro eléctrico a grandes clientes industriales, conectados a la red de alta tensión, de aquellos clientes industriales, comerciales y domésticos, conectados a la red de baja tensión.
- b) En el sector eléctrico, debía considerarse como un mercado de producto independiente, el comercio de derechos de emisión.

⁴⁵⁰ Además del precio, para el Consejo de Administración de ENDESA, la oferta de E.ON era mejor que la de GAS NATURAL, porque se pagaba íntegramente en metálico, mantenía la estructura industrial de la empresa, mantenía el plan de inversiones y la plantilla. *Vid.* Informe del Consejo de Administración de ENDESA, sobre la Oferta Pública de Adquisición de Acciones formulada por E.ON. Documento de 6 de febrero de 2007, disponible en www.endesa.es; Documento de Apertura de sobres con las modificaciones de las ofertas competidoras sobre ENDESA, de 2 de febrero de 2007, disponible en www.cnmv.es y Comunicación de E.ON a la CNMV en la que informa su decisión de aumentar la contraprestación final de la oferta, documento de 26 de marzo de 2007, disponible en www.cnmv.es

⁴⁵¹ *Vid.* págs. 5 y 6, Decisión de la Comisión de 25 de abril de 2006, caso No COMP/M.4110, *E.ON/Endesa*, publicada en el DOUE C 114 de 16 de mayo de 2006, disponible en http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m4110_20060425_20310_en.pdf

c) En general, los mercados eléctricos de los países afectados por la concentración (España, Alemania, Italia, Polonia y Francia) tenían una dimensión nacional debido a la deficiente capacidad de interconexión entre los Estados⁴⁵². Esta circunstancia se confirmaba por la existencia de diferencias en los precios de la electricidad, en la mayoría de los países miembros de la UE⁴⁵³.

Ahora bien, en relación al análisis de competencia, la Comisión precisó que tanto E.ON como ENDESA, operaban, en diferentes países, en los mercados de gas y electricidad. No obstante, en relación al sector eléctrico, las actividades de estas dos empresas no se solapaban de forma significativa en los mercados geográficos afectados, esto es, en España, Polonia, Francia, Italia y Alemania⁴⁵⁴.

⁴⁵² La misma dimensión tenían los mercados de gas de Alemania, España, Italia, Polonia y Francia. *Ibidem*.

⁴⁵³ A 1 de enero de 2007, los precios más altos de la electricidad para los consumidores domésticos, se encontraban en Alemania, Holanda, Luxemburgo y Portugal. Por su parte, los precios en España se ubicaban en una posición intermedia (quinto o sexto lugar) dependiendo del tipo de consumidor. *Vid.* UNESA; “*El Precio de la Electricidad en los Países de la Unión Europea*”, julio de 2007, disponible en http://www.unesa.es/documentos/otra_publicaciones/precios_ue_julio07.pdf

⁴⁵⁴ De manera acertada, la Comisión reconocía una vez más que no era posible otorgar una dimensión regional (o pan-europea) a los mercados de producto afectados por la concentración. Tampoco era posible esperar el funcionamiento, en el corto o mediano plazo, de un mercado energético pan-europeo, debido a la deficiencias en la capacidad de interconexión y porque la rápida expansión de la capacidad existente, no era viable en el corto plazo. No obstante, así se hubiese evaluado esta concentración desde la perspectiva de un mercado geográfico que involucrara toda la Unión Europea, E.ON sostenía que la operación no abarcaba más el 15% de los mercados de gas y electricidad. *Vid.* pág. 16, Decisión de la Comisión de 25 de abril de 2006, caso No COMP/M.4110, *E.ON/Endesa*, publicada en el DOUE C 114 de 16 de mayo de 2006, disponible en http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m4110_20060425_20310_en.pdf

En punto al mercado eléctrico español, al Comisión destacó su alto nivel de concentración (con ENDESA e IBERDROLA como operadores dominantes), así como la estructura de duopolio vigente en el sector de producción y en el mercado mayorista. Para la autoridad comunitaria, la concentración notificada no reforzaría el duopolio de IBERDROLA y ENDESA, debido a que E.ON no desarrollaba ninguna actividad en el sector eléctrico español. Otro factor que disipaba las preocupaciones en materia de competencia, era que E.ON no podía importar electricidad en el mercado español⁴⁵⁵, debido a su condición “isla energética”⁴⁵⁶.

Ahora bien, en relación al riesgo de que E.ON pudiese suministrar gas a bajo coste a ENDESA (reforzando así su posición en el mercado mayorista y de producción), no era posible identificar una razón convincente que explicase porqué E.ON podría suministrar gas natural a las centrales de ciclo combinado de ENDESA, a unos precios que no podrían ser igualados por proveedores alternativos, como GAS NATURAL.

En efecto, En España, las importaciones de gas a través de gasoductos están sujetas a importantes limitaciones de capacidad y (en el momento de la operación) no existía capacidad adicional a disposición de los nuevos participantes en el mercado, debido a los contratos a largo plazo firmados con los operadores tradicionales. Así pues, teniendo en cuenta las barreras para la importación de gas por gasoducto, era más factible que las nuevas importaciones fuesen de gas natural licuado, actividad totalmente ajena a los negocios de E.ON.

⁴⁵⁵ Vid. pág. 9, Decisión de la Comisión de 25 de abril de 2006, caso No COMP/M.4110, *E.ON/Endesa*, publicada en el DOUE C 114 de 16 de mayo de 2006, disponible en http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m4110_20060425_20310_en.pdf

⁴⁵⁶ Vid. *Infra*. Apartado 4.1. del tercer capítulo.

En suma, teniendo en cuenta la estructura del mercado del gas en España, no habían razones que indicaran que E. ON podría estar en una mejor posición para suministrar gas natural en España, y tampoco tendría unas condiciones más favorables que le permitiesen fortalecer la posición de ENDESA en el mercado eléctrico.

Por otra parte, esta concentración no tendría mayores consecuencias sobre el poder de compra de gas de ENDESA, ya que ni ENDESA ni E.ON se solapaban en relación a sus proveedores de gas. E.ON se abastecía de Rusia, Noruega, los Países Bajos, Alemania, Reino Unido y Dinamarca. ENDESA, por su parte, se abastecía –principalmente- de importadores como GAS NATURAL y, en una limitada cantidad, de productores directos.

Ahora bien, respecto al solapamiento de las actividades de ENDESA y E.ON, en los demás mercados eléctricos europeos, en Alemania, ENDESA únicamente operaba en el mercado de suministro a clientes industriales, con una cuota de mercado inferior al 1%. Esta posición en el mercado era insignificante, en comparación con la cuota de mercado de los principales operadores dominantes, RWE (20%-30%), E.ON (15%-25%), EnBW (10%-20%) y VATTENFALL (10%-20%). En este orden de ideas, la desaparición de ENDESA como competidor no cambiaría significativamente la estructura del mercado, motivo por el que no se produciría una lesión a la competencia potencial⁴⁵⁷.

En Francia la situación era similar que en Alemania. La cuota de mercado de ENDESA y E.ON, en el sector eléctrico era tan reducida -en comparación con la posición del operador dominante (EDF)- que después de la concentración, la estructura del mercado

⁴⁵⁷ Vid. pág. 10 y 12, Decisión de la Comisión de 25 de abril de 2006, caso No COMP/M.4110, *E.ON/Endesa*, publicada en el DOUE C 114 de 16 de mayo de 2006, disponible en http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m4110_20060425_20310_en.pdf

no se vería alterada sustancialmente. Las mismas consideraciones eran validas en el sector del gas en Francia, donde E.ON tenía una participación bastante limitada⁴⁵⁸.

En relación a los efectos de la concentración en el sector eléctrico y en el sector del gas de Polonia e Italia, la actividad de ENDESA y E.ON era tan reducida, en relación con la participación de los operadores dominantes, que la concentración propuesta no generaría ningún impacto significativo en las condiciones de competencia de dichos mercados⁴⁵⁹.

3.8.3. Decisión de la Comisión.

Con fundamento en los argumentos expuestos anteriormente, la Comisión concluyo que la concentración notificada no despertaba serias dudas en materia de competencia. En consecuencia, decidió no oponerse a la misma y la declaro compatible con el mercado común y con el espacio económico europeo (EEA).

Ahora bien, como ya hemos mencionado, el carácter comunitario de la concentración, otorgaba competencia exclusiva a la Comisión Europea para evaluar la operación. En consecuencia, las autoridades españolas no podían someter la concentración a cualquier

⁴⁵⁸ ENDESA operaba en el mercado francés de producción de electricidad a través de SNET, con una cuota de mercado inferior al 5%. En el mercado de suministro a grandes clientes industriales su cuota de mercado era inferior al 5% y a pequeños clientes industriales su cuota era inferior al 1%. La cuota de mercado de E.ON en este mercado también era inferior al 1% y no participaba en ninguna otra actividad del sector eléctrico. En el sector del gas, E.ON intervenía en el mercado mayorista y en el suministro a grandes clientes industriales con cuotas de mercado del 5% y el 1%, respectivamente. EDF, tenía en el sector eléctrico, por ejemplo, una cuota de mercado ubicada entre el 80% y el 90%, de las actividades de transporte y distribución. *Ibidem*.

⁴⁵⁹ Asimismo, tampoco habían mayores obstáculos en materia de competencia en el mercado de derechos de emisión ya que la participación conjunta de ENDESA y E.ON era inferior al 10%. *Vid.* pág. 16, Decisión de la Comisión de 25 de abril de 2006, caso No COMP/M.4110, *E.ON/Endesa*, publicada en el DOUE C 114 de 16 de mayo de 2006, disponible en http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m4110_20060425_20310_en.pdf

otro tipo de control o autorización adicional, independientemente de los tramites internos necesarios para la formalización de la OPA.

Pues bien, solo tres días después de presentada la OPA de E.ON sobre ENDESA, el Gobierno Español decidió modificar las funciones de la Comisión Nacional de la Energía (CNE), con la finalidad de institucionalizar un trámite de autorización previo, que le permitiese intervenir en el trámite de la OPA. En consecuencia, para tal fin, aprobó el Real Decreto Ley 4 de 2006⁴⁶⁰, que modificó las funciones de la autoridad de regulación sectorial del sector energético.

En efecto, de acuerdo al artículo único de la norma citada, se modificaba la función decimocuarta de la CNE, definida en el apartado tercero, número uno, de la disposición adicional undécima de la Ley 34/1998. La modificación de esta función, implicaba que E.ON -además del trámite de evaluación ante la Comisión Europea y del trámite interno de la oferta ante la CNMV- también debía presentar su oferta ante la CNE, a efectos de su evaluación y, eventual, autorización⁴⁶¹.

⁴⁶⁰Publicado en el BOE No. 50 de 28 de febrero de 2006. Disponible en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/rdl4-2006.html#

⁴⁶¹ En sus aspectos más relevantes, esta norma establecía que se otorgaban facultades a la CNE, para autorizar la adquisición de participaciones realizada por sociedades que desarrollasen actividades, que tenían la consideración de reguladas o actividades que estaban sujetas a una intervención administrativa, como centrales térmicas nucleares, centrales térmicas de carbón o que se desarrollasen en los sistemas eléctricos insulares y extrapeninsulares. Asimismo se incluían las actividades de almacenamiento de gas natural o transporte de gas natural por medio de gasoductos internacionales, que tuvieran como destino o tránsito el territorio español. Igualmente, también se sometían a la autorización de la CNE, aquellas operaciones en que se pretendía la adquisición de participaciones, en un porcentaje superior a un 10% del capital social o cualquier otro que concediera una influencia significativa, realizada por cualquier sujeto en una empresa que -por sí o por medio de otras que pertenecieran a su grupo de sociedades- desarrollase alguna de las actividades mencionadas en el primer supuesto. Con fundamento en estas condiciones, la OPA de E.ON se ajustaba al segundo supuesto de la norma. Es decir, E.ON pretendía adquirir participaciones en un porcentaje superior al 10% del capital social de ENDESA, sociedad que, por medio de otras que pertenecen a su grupo, desarrollaba algunas de las actividades mencionadas en el primer supuesto de la norma.

La norma estaba hecha a la medida de E.ON ya que, expresamente, contemplaba que si la adquisición se llevaba a cabo mediante una OPA, el adquirente debía obtener la autorización de la CNE, de forma previa a la autorización de la oferta por la CNMV⁴⁶². Del mismo modo, esta norma era aplicable a todas las operaciones de adquisición que se encontraran pendientes de ejecución, como –naturalmente– era el caso de la OPA de E.ON⁴⁶³.

Vid. Artículo único, Real Decreto Ley 4/2006, de 24 de febrero, por el que se modifican las funciones de la Comisión Nacional de la Energía, publicado en el BOE No. 50 de 28 de febrero de 2006. Disponible en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/rdl4-2006.html#

⁴⁶² Como en efecto sucedió ya que la autorización de la CNE fue otorgada el 27 de julio de 2006, mientras que la autorización de la oferta por la CNMV fue otorgada el 16 de noviembre del mismo año.

⁴⁶³ *Vid.* Disposición transitoria única, Real Decreto Ley 4/2006, de 24 de febrero, disponible en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/rdl4-2006.html#. La necesidad de contar con una norma de estas características se justificaba en el preámbulo del Real Decreto Ley 4/2006, en los siguientes términos: “Las tendencias de concentración empresarial en los mercados energéticos mundiales y europeos han puesto de relieve determinadas insuficiencias en la legislación vigente. Insuficiencias que tienen al menos una doble faceta: por una parte, no se contemplan todos los intereses cuya protección por los poderes públicos parece conveniente; por otra, no somete a simétrica consideración las operaciones cualquiera que sea el agente promotor de las mismas. Así, conforme a la legislación vigente, no resulta posible examinar en todos los supuestos la adquisición del control de unas empresas por otras, en la medida que afecten a intereses generales de la política energética española y, en particular, a la seguridad pública. Además, mientras que en su actual redacción la función Decimocuarta de la Comisión Nacional de Energía, regulada en la disposición adicional undécima.Tercero.1 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, condiciona a la autorización de la Comisión Nacional de Energía la toma de participación por sociedades con actividades reguladas en cualquier entidad que realice actividades de naturaleza mercantil, no establece la misma previsión cuando la sociedad objeto de la participación realiza actividades reguladas pero no la sociedad que pretende dicha participación. La corrección de ambas insuficiencias, que requiere una disposición con rango de ley, adquiere carácter de extrema y urgente necesidad, por cuanto que es necesario establecer sin dilación las características de la nueva regulación, de manera que los agentes económicos dispongan de unas perspectivas claras del marco jurídico en el que ejercitar sus opciones empresariales o financieras”. *Cfr.* Preámbulo. Real Decreto Ley 4/2006, de 24 de febrero, disponible en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/rdl4-2006.html#

En este orden de ideas, la CNE -en ejercicio de sus nuevas facultades- emitió informe en el que autorizaba a E.ON a tomar participación en el capital social de ENDESA, bajo el cumplimiento de severas condiciones, entre las que resaltamos la siguientes⁴⁶⁴:

- E.ON debía vender 7.600 MW de la potencia instalada de ENDESA, que equivalía al 30% de su capacidad instalada en España⁴⁶⁵.
- El regulador energético se reservaba la potestad de obligar a E.ON a vender ENDESA si durante los próximos diez años, un tercero compraba -directa o indirectamente- más del 50% del grupo energético alemán. Además, la CNE obligaba a E.ON a mantener la integridad del grupo empresarial de ENDESA, mediante la prohibición de fusionarse con la eléctrica durante un plazo de diez años.

⁴⁶⁴ *Vid.* Condiciones primera a decimonovena, Resolución de la CNE sobre la solicitud de E.ON ZWÖLFTE VERWALTUNGS GMBH, de fecha 23 de marzo de 2006, consistente en la toma de participación en el capital social de ENDESA, que resulte de la liquidación de la oferta pública de adquisición de acciones presentada ante la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Resolución de 27 de abril de 2006, pág. 366-372. Disponible en www.cne.es

⁴⁶⁵ E.ON tendría que deshacerse de los activos de generación y distribución eléctrica de ENDESA en Baleares, Canarias, Ceuta y Melilla y enajenar las centrales incluidas en el Plan del Carbón 2006-2012, es decir las centrales de Compostilla (León), Andorra (Teruel) y Anllares (León). Además, debía vender la central nuclear de Ascó I, y ceder la gestión ordinaria en las que participaba junto a otros socios de las centrales Santa María de Garoña, Almaraz I y II, Ascó II, Vandellós II y Trillo. A todos estos activos podrían optar empresas extranjeras, previa autorización previa de la CNE. *Vid.* Condición novena, decima y undécima, Resolución de la CNE de 23 de marzo de 2006, sobre la solicitud de E.ON consistente en la toma de participación en el capital social de ENDESA, pág. 369, 370. Disponible en www.cne.es

- ENDESA debía mantener su domicilio social y su órgano de administración en España. Asimismo, E.ON debía mantener ENDESA como sociedad matriz cabecera de su grupo, durante un periodo de diez años contados desde la toma de control de la empresa española.
- E.ON debía realizar todas las inversiones en actividades reguladas de gas -tanto de transporte como de distribución- así como las inversiones necesarias en activos estratégicos del sector de gas natural, incluidas en los planes de inversión de ENDESA para el período 2006-2009.
- Durante el periodo 2006-2010, las sociedades del grupo, resultante de la concentración E.ON-ENDESA, que desarrollasen actividades reguladas o que fueran titulares de activos estratégicos en España, sólo podrían repartir dividendos cuando los recursos generados fuesen suficientes para atender, tanto sus compromisos de inversión, como la suma de la amortización de la deuda financiera y los correspondientes gastos financieros.
- E.ON debía garantizar el aprovisionamiento de gas natural al mercado español, al menos, con la cantidad de gas anual prevista en los planes de aprovisionamiento de gas natural remitidos por ENDESA a la CNE.
- E.ON debía asumir todos los compromisos de inversión en actividades reguladas del sector eléctrico, incluido en el Plan de Inversión de ENDESA para el período 2006-2009. Estos compromisos incluían los correspondientes a la distribución de electricidad y su reparto territorial. Asimismo, E.ON debía asumir los compromisos de inversión en redes de transporte de electricidad, establecidos en el documento “Planificación de los Sectores de Electricidad y Gas. Desarrollo de las Redes de Transporte 2002-2011”.

- La adquisición por cualquier sujeto de participaciones en un porcentaje superior a un 10% del capital social de ENDESA -o cualquier otro que concediera influencia significativa-, requeriría la autorización previa de la CNE.
- Si durante un plazo de 10 años, contados a partir de la toma de control efectivo de ENDESA, una sociedad adquiría -directa o indirectamente- un porcentaje superior al 50% del capital social de E.ON o de sus derechos de voto, ésta debería comunicarlo a la CNE. Esta autoridad, podía revisar las condiciones impuestas a la concentración y, en caso de que existiesen motivos para entender que el cambio de titularidad afectaba negativamente el interés general en el sector energético español, podría imponer a E.ON la obligación de enajenar a un tercero (autorizado por la CNE) la totalidad de las acciones de ENDESA, de titularidad directa o indirecta.
- E.ON debía informar trimestralmente a la CNE, el cumplimiento de las condiciones impuestas. Su incumplimiento podía dar lugar a la revocación de la autorización. Esta revocatoria, implicaba la obligación de transmitir las acciones adquiridas de ENDESA, en un plazo de 12 meses.

La autorización condicionada de la CNE, defendida por el Gobierno⁴⁶⁶ y rechazada por E.ON⁴⁶⁷, fue objeto de recurso de alzada ante el Ministerio de Industria. El Ministerio

⁴⁶⁶ Para el Ministro de Economía, las condiciones impuestas por la CNE eran legales teniendo en cuenta que el Reglamento de la UE sobre fusiones reconocía la existencia de "un margen de maniobra adicional" para los Gobiernos. Para el Ministro, "la interpretación de la Comisión Europea en este punto no es la misma que la de España", ya que el Ejecutivo comunitario considera que cuando toma una decisión, "ningún Gobierno puede corregirla". Por su parte, para el Profesor ARIÑO, los obstáculos que encontraba E.ON en España para la ejecución de la operación, respondían a una actitud de oposición del Gobierno que el autor calificaba en los siguientes términos: "Finalmente, en España se está asistiendo estos días a la oposición radical, «como sea», del Gobierno español ante la contraopa lanzada por la empresa alemana E.ON sobre Endesa, frente a la anterior oferta pública de adquisición formulada hace unos meses por Gas Natural." *Cfr.* Energía Diario, 29 de marzo de 2007, disponible en

resolvió el recurso realizando algunas modificaciones a la autorización de la CNE, pero conservando, en esencia, las condiciones más restrictivas⁴⁶⁸.

Mientras en España el trámite de la OPA se enfrentaba a estas dificultades, la Comisión Europea también intervenía debido a la Decisión de la CNE, en particular, a las condiciones impuestas a la concentración. En efecto, el 26 de septiembre de 2006, la Comisión adoptó su primera decisión en la que declaraba que España había violado el artículo 21 del Reglamento de concentraciones, porque había adoptado, sin comunicación previa a la Comisión ni autorización de ésta, la resolución de la CNE que sometía la OPA de E.ON a una serie de condiciones incompatibles con el Derecho comunitario. Para la autoridad comunitaria, todas las condiciones impuestas por el Gobierno, a excepción de la condición decimoctava, eran incompatibles con la libertad de movimiento de capitales y con la libertad de establecimiento. En consecuencia, la Comisión obligaba a España a

<http://www.energiadiario.com/publicacion/spip.php?article1947>; ARIÑO ORTIZ, Gaspar; “Privatizaciones y Liberalizaciones Energéticas: Balance de Situación”, en: *Energía: Del Monopolio al....*, ob cit, .pág. 467.

⁴⁶⁷ Mediante comunicación de 28 de julio de 2006, E.ON sostuvo que “Cuando reciba la decisión, E.ON estudiara las condiciones en detalle pero no ve justificación alguna para las que de momento conoce y se reserva todas las condiciones legales a su alcance”. Cfr. Comunicación de E.ON de 28 de julio de 2006, disponible en www.cnmv.es

⁴⁶⁸ La Resolución del Ministerio de Industria, imponía a E.ON la obligación de mantener los actuales compromisos de Endesa en los capítulos de la gestión, aprovisionamiento o inversiones. Asimismo, retiraba la obligatoriedad de desinvertir o ceder la gestión del 30% de los activos de generación de ENDESA, es decir, en las centrales nucleares, en los sistemas eléctricos insulares, extrapeninsulares y en las centrales de carbón. Se suprimía la calificación de esenciales que se otorgaba a todas las condiciones y, en consecuencia, desaparecía la previsión de revocación de la autorización en caso de incumplimiento de una sola de las obligaciones impuestas. En punto a la facultad de la CNE de imponer la venta forzosa de las acciones de ENDESA, en caso de toma de control por un tercero, de más del 50% de E.ON, se mantuvo en los mismos términos en que fue redactada por la CNE. Vid. Decisión del Ministerio de Industria de 4 de noviembre de 2006, disponible en www.mityc.es

retirar sin dilación, las condiciones declaradas incompatibles con el Derecho comunitario⁴⁶⁹.

A pesar de esta Decisión, el Gobierno no retiró las condiciones impuestas y el 25 de octubre de 2006, en respuesta a un requerimiento de la Comisión, alegó que no había incumplido su Decisión, ya que esta no señalaba ningún plazo específico para retirar las condiciones impuestas por la CNE. Asimismo, el Gobierno argumentó que la resolución de los recursos de alzada presentados contra la decisión de la CNE, eran el mecanismo adecuado para garantizar la conformidad de dicha decisión con el Derecho comunitario.

El 20 de diciembre de 2006, la Comisión Europea adoptó una segunda Decisión, relativa a los nuevos requisitos impuestos por el Ministerio de Industria. Al igual que en su decisión del 26 de septiembre, para la autoridad comunitaria, España había violado el artículo 21 del Reglamento de concentraciones, por adoptar, sin comunicación previa a la Comisión ni autorización de ésta, la resolución del Ministerio que sometía la adquisición de E.ON a una serie de condiciones incompatibles con el Derecho comunitario. En consecuencia, la Comisión exigía retirar dichas condiciones antes del 19 de enero de 2007⁴⁷⁰. Como respuesta a esta Decisión, el Gobierno argumentó que los nuevos

⁴⁶⁹ Vid. Decisión de la Comisión Europea, de 26 de septiembre de 2006, asunto n° COMP/M.4197, *E.ON/Endesa*, C(2006) 4279 final. Disponible en http://eur-lex.europa.eu/RECH_menu.do?ihmlang=es. En relación a esta Decisión, E.ON emitió un comunicado en el que respaldaba la postura de la autoridad comunitaria, en los siguientes términos: “E.ON ha recibido con satisfacción la decisión de hoy de la Comisión Europea de que las condiciones impuestas por la CNE, el regulador español de la energía, no se ajustan a las leyes europeas. E.ON presupone que, ahora, el Ministerio de Industria español resolverá rápidamente su recurso contra las condiciones de la CNE y respetará la postura legal de la Comisión”. Cfr. Comunicación de E.ON de 26 de septiembre de 2006, disponible en www.cnmv.es

⁴⁷⁰ Vid. Decisión de la Comisión de 20 de diciembre de 2006, asunto n° COMP/M.4197, *E.ON/Endesa*, C(2006) 7039 final. Disponible en http://eur-lex.europa.eu/RECH_menu.do?ihmlang=es

requisitos impuestos por el Ministerio de Industria, eran compatibles con el Derecho comunitario.

Ante la ausencia de información adicional en cuanto a los pasos o medidas previstas para cumplir con la segunda Decisión de la Comisión, ésta autoridad envió otro escrito de requerimiento alegando que la resolución del Ministerio no era suficiente para garantizar el pleno cumplimiento de su primera Decisión. Además, la Comisión consideraba que España también había incumplido su segunda Decisión, al no haber retirado las condiciones fijadas por el Ministerio de Industria, consideradas incompatibles con el derecho comunitario.

El 22 de febrero de 2007, en respuesta a este requerimiento, España argumentó que las condiciones impuestas por las resoluciones de la CNE y del Ministerio, en particular, las relacionadas con las obligaciones de inversión y los requisitos financieros, eran esenciales para garantizar la seguridad del suministro energético. Ante esta respuesta, la Comisión envió un dictamen motivado instando a España a retirar, en un plazo de siete días laborables a partir de su recepción, las condiciones declaradas incompatibles con el Derecho comunitario, impuestas por la CNE y por el Ministerio de Industria. Frente a este dictamen, España respondió que reiteraba la argumentación que había expuesto en su comunicación del 22 de febrero.

En este orden de ideas, el 11 de abril de 2007, la Comisión Europea denunció a España ante el Tribunal de Justicia por el incumplimiento de las obligaciones establecidas en sus Decisiones de 26 de septiembre de 2006 y de 20 de diciembre de 2006.

Para el Tribunal de Justicia, el hecho de que la OPA de E.ON sobre ENDESA hubiese quedado sin efecto, no dejaba sin objeto el litigio, argumento defendido por España con fundamento en el fracaso de la operación. Además, tampoco podía aceptarse que las medidas tomadas por España, habían sido adoptadas para proteger un interés legítimo (la

seguridad pública⁴⁷¹). En relación a este último argumento, el Tribunal recordó que un Estado miembro no puede (sin que una disposición del Tratado no lo autorice de forma expresa) invocar eficazmente (como motivo de oposición de un recurso por incumplimiento basado en la inobservancia de una decisión) la ilegalidad de una decisión de la que es destinatario. En este sentido, este argumento solo podía tenerse en cuenta, si el acto adolecía de vicios especialmente graves y evidentes, que determinaran su inexistencia; situación que, para el Tribunal, no ocurría en este caso.

Por esta razón, no se podía concluir que las Decisiones de la Comisión adolecieran de un vicio que podía cuestionar su propia existencia. En consecuencia, el Tribunal declaró que España había incumplido las obligaciones establecidas en las Decisiones de la Comisión de 26 de septiembre de 2006 y de 20 de diciembre de 2006⁴⁷².

⁴⁷¹ Sobre la defensa de la seguridad pública en materia energética, argumento expuesto por España para justificar las condiciones impuestas a E.ON, NATALIA FABRA recuerda, con acierto, la doble moral de ciertos Gobiernos que blindan sus empresas energéticas y, al mismo tiempo, apoyan que estas compren empresas extranjeras. En este sentido, la autora citada expone: “ La cuestión sobre si la compra de Endesa afecta o no a la seguridad pública en materia energética podría ser más cuestionable si no fuera porque fue precisamente el Gobierno alemán quien alegó la preservación de la seguridad pública alemana en materia de abastecimiento energético al anular la prohibición de la autoridad de competencia alemana de la fusión entre E.ON y Rhurgas. Resulta paradójico que, al tiempo que anulaba la prohibición de concentración entre E.ON y Rurgas, el Gobierno alemán sometiera la venta de su capital, así como de sus filiales o activos de gas, a autorización previa por parte del Ministerio de Economía alemán, limitando de esta manera la presencia de E.ON en el mercado de capitales, presencia que ahora sí exige a Endesa”. Vid. FABRA, Natalia; “El Funcionamiento del Mercado Eléctrico Español bajo la Ley del Sector Eléctrico”, en: *Energía: Del Monopolio al Mercado*, ob cit, pág. 271.

⁴⁷² Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de marzo de 2008, asunto C-196/07, *Comisión/España*. Disponible en <http://curia.europa.eu/>. Esta Sentencia confirma que los Estados no pueden intervenir, a su libre parecer, en las concentraciones con dimensión comunitaria, de competencia exclusiva de la Comisión. Además, reafirma que esta autoridad puede vigilar las medidas nacionales para garantizar que no se impongan restricciones injustificadas a estas concentraciones. En la valoración que la Comisión hizo de esta Sentencia, afirmó que los Estados deben cumplir sus decisiones, retirando las condiciones que han sido declaradas ilegales por esta autoridad ya que afectan el desarrollo de las concentraciones empresariales con dimensión comunitaria y son desproporcionadas con la legítima protección de los intereses públicos. Vid. Comisión Europea, Memo/08/147 de 6 de marzo de 2008,

Mientras la Comisión Europea instaba al Gobierno a cumplir sus Decisiones y adelantaba el procedimiento de infracción (hasta llegar a la sentencia del Tribunal, dictada el 6 de marzo de 2008), en España, paralelamente, se presentaban nuevos acontecimientos que alteraban el desarrollo de la OPA de E.ON, como el incremento de la participación de ACCIONA y de ENEL en ENDESA⁴⁷³ y, posteriormente, la OPA conjunta de estas empresas -presentada el 11 de abril del 2007- casi un año antes de que fuese dictada la sentencia del Tribunal de Justicia.

Así pues, en vista del incremento de la participación de ACCIONA y de ENEL, y ante la negativa de la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI) de acudir a la OPA⁴⁷⁴, E.ON veía frustrada la posibilidad de obtener, como mínimo, el 50,01% del capital social de ENDESA, como efectivamente ocurrió.

Así pues, el 2 de abril de 2007, E.ON informó que había alcanzado un acuerdo con ACCIONA y ENEL, mediante el cual la empresa alemana renunciaba a su oferta si no

disponible en <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/08/147&format=HTML&aged=0&language=en&guiLanguage=en>

⁴⁷³ Una de estas operaciones tuvo lugar en noviembre de 2006. De esta manera, ACCIONA alcanzaba una participación del 19,63% del capital de ENDESA. Posteriormente, en otra operación de compra de acciones, alcanzaría una participación total del 22%. Por otra parte, en febrero de 2007, ENEL incrementó su participación en ENDESA hasta el 9,99% del capital social y no descartaba hacerlo hasta un porcentaje que no exigiera la formulación de una OPA -es decir hasta el 24, 99% del capital- como efectivamente lo hizo, de forma indirecta, mediante Mediobanca y la Unión de Bancos Suizos (UBS). *Vid.* Comunicación de ENEL de 28 de febrero de 2007, disponible en www.cnmv.es. *Vid.* Comunicación de ACCIONA a la CNMV de 16 de noviembre de 2005. Disponible en www.cnmv.es. *Vid. infra.* Apartado 3.9. del presente capítulo.

⁴⁷⁴ *Vid.* Comunicación de la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI) a la CNMV, de 28 de marzo de 2007, disponible en www.cnmv.es

obtenía la mayoría del capital social de ENDESA (hecho que era evidente⁴⁷⁵). De ser así, se comprometía a no adquirir acciones de ENDESA ni a realizar cualquier otro tipo de operación sobre estas acciones en un periodo de 4 años. A cambio, E.ON recibiría todo un paquete de activos de ENDESA, si ACCIONA y ENEL adquirirían el control de ENDESA mediante la OPA que presentarían próximamente, situación que también era bastante factible, como veremos en el próximo apartado⁴⁷⁶.

Ahora bien, el problemático desarrollo de la OPA de E.ON en España, es un excelente ejemplo de dos de los principales problemas que enfrentan las autoridades comunitarias para impulsar el mercado interior de la energía en Europa, a saber: la intervención de los Gobiernos nacionales en competencias exclusivas de las autoridades comunitarias y la falta de independencia de las Comisiones de regulación.

En efecto, la concentración E.ON/ENDESA, claramente tenía dimensión comunitaria, y, por lo tanto, su evaluación era competencia exclusiva de la Comisión Europea. Como bien apunta el Tribunal de Justicia, la defensa de la seguridad del suministro energético (interés de seguridad pública defendido por España como fundamento de las condiciones impuestas por la CNE y por el Ministerio de Industria) implicaba cuestionar la validez de

⁴⁷⁵ En efecto, el 10 de abril, la CNMV informó que la OPA de E.ON sobre ENDESA sólo había sido aceptada por 63.638.451 acciones, representativas del 6,01 % del capital social. Así pues, la OPA quedó sin efecto al no haber alcanzado el porcentaje mínimo del 50,01 % del capital y las aceptaciones a esta oferta perdieron su eficacia de forma inmediata. *Vid.* Comunicación de la CNMV de 10 de abril de 2007, informado los resultados de la OPA de E.ON. Disponible en www.cnmv.es

⁴⁷⁶ *Vid. infra.* Apartado 3.9. del presente capítulo. Asimismo, E.ON aceptó desistir de todas las acciones legales que había iniciado en relación a sus inversiones en ENDESA y, en relación a estas, renunciaba a emprender cualquier acción legal en el futuro. *Vid.* Comunicado de E.ON a la CNMV, de 2 de abril de 2007, pág. 2. Disponible en www.cnmv.es

las decisiones tomadas por la Comisión Europea, aspecto que no fue controvertido por España mediante los instrumentos jurídicos comunitarios previstos para este fin.

En este orden de ideas, podemos puntualizar que en la concentración E.ON/ENDESA, el Gobierno español, ante la imposibilidad de intervenir en el proceso de evaluación de la operación, decidió crear un mecanismo legal que le permitiese intervenir en su ejecución, mediante la modificación de las facultades de la Comisión de regulación sectorial.

La pregunta que, en consecuencia, cabe hacerse es ¿Si la CNE fuese una autoridad sectorial completamente independiente del Gobierno, le hubiesen sido confiadas estas facultades de intervención “in extremis”? O, en otros términos, ¿el Gobierno promulgó el Real Decreto Ley 4/2006, con la intención de que la CNE estudiase la OPA de E.ON con fundamento, exclusivo, en la defensa del marco regulador del sector energético?, ¿en defensa de su transparencia? o ¿o en defensa de la competencia efectiva en el sector?

Nuestra respuesta a estas preguntas es negativa. No es posible predicarse la neutralidad necesaria de la CNE frente al Gobierno, si este es el encargado del nombramiento de sus principales miembros, es decir de su Presidente y Consejeros⁴⁷⁷. Este nexo entre Gobierno y Comisión sectorial, entraña el riesgo de que la autoridad regulatoria sea “instrumentalizada”⁴⁷⁸ y termine asumiendo la defensa de intereses políticos, en vez de

⁴⁷⁷ Estas autoridades son nombradas, mediante Real Decreto, a propuesta del Ministro de Economía. En la actualidad, el proyecto de Ley de Economía Sostenible, prevé que solo cuatro Consejeros y un Presidente integren las Comisiones de regulación, pero aun seguirán siendo nombrados por el Gobierno, a propuesta del Ministro del ramo. *Vid.* Artículos 12 y 13, Proyecto de Ley de Economía Sostenible. Disponible en www.economiasostenible.gob.es

⁴⁷⁸ En realidad, más allá de considerarse un problema puntual de intervención política, el papel de la CNE en la OPA de E.ON refleja un serio problema de carácter institucional en el sector energético ya que los hechos demuestran que la autoridad regulatoria puede ser utilizada por el Gobierno para defender intereses políticos que, según la coyuntura del momento, merecen su defensa a toda costa. A propósito de esta discusión coincidimos con el Profesor ARIÑO,

orientar sus actuaciones con fundamento -exclusivo- en la defensa del marco regulatorio del sector⁴⁷⁹.

Para intentar resolver esta problemática, en el tercer paquete de liberalización energética, la Comisión Europea ha implementado nuevas medidas que buscan fortalecer la independencia de las Comisiones de regulación. En este sentido, se insiste en que la autoridad reguladora debe ser jurídicamente distinta y funcionalmente independiente, de cualquier otra entidad pública o privada; su personal y los encargados de su gestión, deben actuar con independencia de cualquier interés comercial y no pueden pedir ni aceptar instrucciones directas de ningún gobierno ni ninguna otra entidad pública o privada para el desempeño de sus funciones⁴⁸⁰.

que plantea la siguiente discusión: “La pregunta que entonces me hacía sigue también en pie: ¿qué sistema institucional es éste, y qué mercado europeo es éste, que permiten que el Gobierno de un Estado miembro se sirva de una agencia *independiente* para enjuiciar políticamente el sector cuyo buen funcionamiento les ha sido encomendado? Esta pregunta cobra hoy especial actualidad, pues asistimos a una nueva polémica acerca del alcance y la esencia misma de la regulación. Hay que recordar que a los entes reguladores independientes no les compete valorar la idoneidad o adecuación del mercado a la política del Gobierno de turno, pues admitirlo sería tanto como permitir servirse de los reguladores para burlarse de la prohibición comunitaria (de la Comisión y del Tribunal de Justicia) de adoptar medidas restrictivas de las libertades fundamentales del Tratado. Una prueba de tal confusión pudiera ser el reciente Decreto-Ley 4/2006 que amplía los poderes de la CNE hasta límites insospechados...”. Cfr. ARIÑO ORTIZ, Gaspar; “Privatizaciones y Liberalizaciones Energéticas: Balance de Situación”, en: *Energía: Del Monopolio al....*, ob cit, .pág. 470.

⁴⁷⁹ Vid. DE LA QUADRA SALCEDO, Tomas; “Diez Años de Legislación Energética en España”, en: *Energía: Del Monopolio al....*, ob cit, .pág. 351.

⁴⁸⁰ Vid. Artículo 35 y ss, Directiva 2009/72/EC del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, publicada en el DOUE L 211 de 14 de agosto de 2009, pág. 55-93. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:211:0055:01:ES:HTML>. En la nueva normativa de liberalización, reforzar la independencia de las Comisiones implica fortalecer las facultades de acceso a la información del mercado, las facultades de supervisión, regulación, sanción e información, así como la coordinación

Ahora bien, los pronunciamientos judiciales en contra de las actuaciones del Gobierno español en esta OPA, no se han limitado a las condiciones impuestas por la CNE y por el Ministerio de Industria. En efecto, en julio del 2008, el Tribunal de Justicia⁴⁸¹ también declaró que mediante la ejecución de las funciones de la CNE, que fueron modificadas por el Real Decreto Ley 4/2006, España había incumplido las obligaciones derivadas de la libertad de establecimiento y de la libre circulación de capitales, principios consagrados en los artículos 43 y 56 del TCE⁴⁸².

En punto a la vulneración de la libre circulación de capitales, para el Tribunal, el régimen de autorización previa, establecido en el Real Decreto Ley 4/2006, podía disuadir a los

con las autoridades comunitarias, en particular, con la Agencia de Cooperación de los Reguladores de la Energía. Vid. BACIGALUPO SAGGESE, Mariano; *“Reguladores mas Fuertes e Independientes para el Sector Energético”*, partes I y II, artículo de 16 de abril de 2009, disponible en www.legaltoday.com.

⁴⁸¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de julio de 2008, asunto C-207/07, *Comisión/España*, disponible en <http://curia.europa.eu>

⁴⁸² En la actualidad, artículos 49 y 63 del TFUE, que establecen: Art. 49: “En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro. Dicha prohibición se extenderá igualmente a las restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro. La libertad de establecimiento comprenderá el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades, tal como se definen en el párrafo segundo del artículo 54, en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales, sin perjuicio de las disposiciones del capítulo relativo a los capitales”. Art.63: “1.En el marco de las disposiciones del presente capítulo, quedan prohibidas todas las restricciones a los movimientos de capitales entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países. 2. En el marco de las disposiciones del presente capítulo, quedan prohibidas cualesquiera restricciones sobre los pagos entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países”. Cfr. Artículos 49 y 63 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Versión Consolidada), publicado en el DOUE C 83 de 30 de marzo de 2010, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/es/treaties/index.htm>

inversores de otros países miembros, de adquirir participaciones en las empresas españolas que operaban en el sector energético. En consecuencia, la norma podía impedir o limitar la adquisición de participaciones en estas empresas, lo que constituía una restricción a la libre circulación de capitales; restricción cuya necesidad no había sido demostrada por España⁴⁸³.

En efecto, la necesidad de una medida de esta naturaleza, debía ser acorde y proporcional al objetivo que buscaba proteger el legislador español, es decir, a la seguridad del suministro energético. Pues bien, para el Tribunal, el régimen de autorización establecido, era desproporcionado en relación con el objetivo perseguido. Este régimen no limitaba la facultad de la CNE de denegar o aprobar con condiciones una adquisición de una participación -o de activos-, únicamente con la finalidad de garantizar la seguridad del suministro de energía, sino que también le concedía la capacidad de tomar en consideración los objetivos de la política energética; objetivos que –necesariamente- no están relacionados con la seguridad del suministro. Por este motivo, mediante el Real Decreto Ley 4/2006, se le otorgaba a la CNE una facultad discrecional excesivamente amplia, que iba más allá de lo necesario para garantizar el suministro mínimo de energía⁴⁸⁴.

⁴⁸³ Los argumentos invocados por el Tribunal en materia de libre circulación de capitales, también eran válidos para justificar el incumplimiento de la libertad de establecimiento. *Vid.* Apartados 59-63, Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de julio de 2008, asunto C-207/07, *Comisión/España*, disponible en <http://curia.europa.eu>

⁴⁸⁴ *Vid.* Apartados 39, 55, Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de julio de 2008, asunto C-207/07, *Comisión/España*, disponible en <http://curia.europa.eu>. Ahora bien, es necesario destacar que de acuerdo a la jurisprudencia del Tribunal, los motivos de seguridad pública (como la garantía del suministro energético) sólo pueden invocarse en caso de que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte un interés fundamental de la sociedad. En este sentido, España argumentaba que el momento de la adquisición de una participación en una sociedad que realiza actividades reguladas en el sector energético (o la adquisición de los activos necesarios para desarrollar estas actividades), era el único momento en que la CNE podía evaluar el riesgo que esta adquisición suponía para la seguridad del suministro. Por lo tanto, el régimen de autorización previa en cabeza de la CNE, era adecuado para la consecución de este objetivo. Este argumento fue rechazado rotundamente por el Tribunal ya que,

Además, la redacción de las disposiciones que facultaban a la CNE para denegar o someter a condiciones una autorización de adquisición, eran de carácter general e impreciso⁴⁸⁵. En efecto, en el Real Decreto Ley, se hacía referencia a los supuestos de existencia de riesgos significativos (o de efectos negativos, directos o indirectos) sobre las actividades de las empresas que operaban en el sector energético, o en la necesidad de proteger el interés general en el sector energético, sin precisar de qué modo se caracterizaban estos supuestos o necesidades. Estos conceptos generales, no permitían a los interesados conocer de antemano las condiciones a que podían supeditarse las operaciones sujetas a autorización previa, ni distinguir con certeza los diferentes supuestos en los que dicha autorización podía denegarse.

Por último, para el Tribunal, España no había demostrado que el objetivo propuesto no podía alcanzarse a través de otras medidas menos restrictivas, como la imposición a las empresas de obligaciones de servicio público (obligaciones puntuales, precisas, transparentes y no discriminatorias) acordes con planes concretos a largo plazo, que pudiesen disminuir los riesgos existentes para el suministro energético⁴⁸⁶.

a su juicio, la mera adquisición de una participación (o de activos), no podía -en principio- considerarse en sí misma como una amenaza real y suficientemente grave para la seguridad del suministro de energía. *Vid.* Apartados 47, 50, 51, Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de julio de 2008, asunto C-207/07, *Comisión/España*, disponible en <http://curia.europa.eu>

⁴⁸⁵ *Vid.* Apartado 56, Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de julio de 2008, asunto C-207/07, *Comisión/España*, disponible en <http://curia.europa.eu>.

⁴⁸⁶ Asimismo, España tampoco había demostrado que la seguridad pública no podía garantizarse mediante la adopción de medidas de urgencia que solucionaran situaciones de interrupción de suministro. En el sector energético, las obligaciones de servicio público están consagradas en el artículo 3, apartado 2, de las Directivas 2003/54 y 2003/55 y las medidas de urgencia en sector de gas, están relacionadas en el anexo de la Directiva 2004/67. En el sector eléctrico, las medidas en materia de garantía de suministro se encuentran en la Directiva 2005/89. *Vid.* Apartado 57, Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de julio de 2008, asunto C-

En punto a esta ultima consideración, es necesario preguntarnos: Si los mecanismos de defensa de la seguridad publica están previstos en la normativa comunitaria y la jurisprudencia ha precisado los términos y alcances de su aplicación, tratándose del sector energético, ¿porque los Estados prefieren intervenir en estos procesos de concentración, en particular cuando está de por medio una empresa extranjera, en vez de ajustar su comportamiento a la normativa y a la política comunitaria?

A nuestro juicio, la respuesta a esta pregunta está directamente relacionada con las diferencias que existen entre los países miembros en el desarrollo de su proceso de liberalización. Mientras algunos países han seguido el adecuado ritmo de apertura de sus mercados energéticos –marcado por las autoridades comunitarias-, otros países -como Francia o Alemania- mantienen un paso atrás en este proceso, blindando sus empresas energéticas nacionales y favoreciendo, mediante la intervención política, la consolidación de “campeones nacionales”, que -aprovechando las ventajas de su dimensión- intentan entrar en otros mercados energéticos europeos debidamente liberalizados. De esta manera, estas empresas aumentan su dimensión empresarial con la finalidad de alcanzar (como sostenía E.ON) la “dimensión de calidad” necesaria para competir en el mercado energético mundial contemporáneo⁴⁸⁷.

207/07, *Comisión/España*, disponible en <http://curia.europa.eu>; Artículo 3.2, Directiva 2003/54/CE, de 26 de junio de 2003; Artículo 3.2, Directiva 2003/55/CE, de 26 de junio de 2003. Anexo, Directiva 2004/67/CE, del Consejo, de 26 de abril de 2004, relativa a unas medidas para garantizar la seguridad del suministro de gas natural, publicada en el DOUE L 127 de 29 de abril de 2004, pág. 92-96 y Directiva 2005/89/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de enero de 2006 , sobre las medidas de salvaguarda de la seguridad del abastecimiento de electricidad y la inversión en infraestructura, publicada en el DOUE L 033 de 04 de febrero de 2006, pág. 22- 27. Normas disponibles en <http://eur-lex.europa.eu>

⁴⁸⁷ Como acertadamente sostiene el Profesor ARIÑO, “Francia y Alemania son, tristemente, los dos países que han puesto en la práctica más trabas a la construcción de un mercado único energético en los últimos años; el primero

Este desequilibrio en el proceso de liberalización, sumado al interés político que está ligado a la industria energética, explican actuaciones como las del Gobierno español en la concentración estudiada en el presente apartado. No obstante, es necesario tener en cuenta que alrededor de una operación de estas características, existen diversas perspectivas. Desde el punto de vista político, la oferta de E.ON fue interpretada como una agresiva intromisión de una empresa extranjera en el sector energético nacional, que implicaba “perder” la principal empresa española de electricidad y ante la que era necesario adoptar una posición defensiva. Para el accionista, era una oferta atractiva desde la perspectiva económica y empresarial, positivamente valorada por el Consejo de Administración de ENDESA y, para las autoridades comunitarias, era simplemente, una operación de concentración con dimensión comunitaria, cuyo trámite debía ajustarse a la normativa comunitaria de competencia y cuya ejecución, debía ser respetada por el Gobierno español.

con sus empresas públicas –EDF, GDF- y su cerrazón del mercado; el segundo con sus gigantes integrados y su

dominio sobre las redes eléctricas y gasistas, en régimen de acceso “negociado”. Al mismo tiempo, amparados en la libre circulación de capitales, sus empresas extendían su presencia por los demás países de Europa. Francia proclama descaradamente su “patriotismo económico” y lo practica con toda clase de productos y servicios, desde el yogur Danone (al que califica de “símbolo nacional”) hasta Gaz de France o EADS. Alemania tiene un patriotismo más discreto y silencioso, basado en el capitalismo renano (esa mixtura de industria, banca y poder político, con un

toque sindical) cuyo más estelar ejemplo es E.On-Ruhrigas. En uno y otro mercado ha sido hasta ahora imposible

entrar”. Cfr. ARIÑO ORTIZ, Gaspar; *“Problemas de Competencia en los Sectores Energéticos: ¿Campeones Nacionales o Mercados?*, Working Paper No. 40, pág. 12, disponible en <http://www.arinoyasociados.com/working.htm>

En este orden de ideas, podemos afirmar que en las operaciones de concentración en el sector eléctrico europeo, en especial en aquellas en las que interviene una empresa extranjera, convergen intereses distintos cuya armonización no ha resultado del todo fácil para las autoridades comunitarias, teniendo en cuenta su perspectiva de consolidar un mercado común de la energía⁴⁸⁸.

La dificultad de armonizar los intereses políticos de cada país, los intereses empresariales y los intereses de las autoridades comunitarias (identificados con las ventajas asociadas a la defensa de la competencia en el sector energético europeo), radica en un problema de confianza y de credibilidad en el funcionamiento del mercado interior de la energía y de las ventajas del proceso de liberalización. Por esta razón, en el desarrollo de este proceso, cada Gobierno busca la protección y el beneficio de sus propios intereses.

En efecto, a nuestro modo de ver, los Estados miembros mantienen su intervención en las concentraciones ejecutadas en el sector eléctrico, porque todavía no existe una credibilidad suficiente respecto a las ventajas derivadas de un mercado energético común competitivo y abierto; ventajas para los mismos Estados, como por ejemplo, en materia de diversificación de las fuentes de suministro e inversiones en activos; ventajas para las empresas, como por ejemplo, acceso libre y en igualdad de condiciones a nuevos mercados, incremento de la eficiencia y, especialmente, ventajas para los usuarios, como

⁴⁸⁸ *Vid. infra*. Apartado 4.4. del tercer capítulo. Como bien afirma LASHERAS, "...los procesos europeos de liberalización, en estos últimos años, son el resultado de esta tensión entre política industrial y defensa de competencia que ha conducido a estrategias muy diferentes entre los distintos Estados miembros. Un caso extremo es el de Francia, cuyo proceso de liberalización en los mercados eléctricos y de gas se plantea sin alterar la estructura desde unas empresas que, además de públicas en sus orígenes, son monopolios". *Cfr.* LASHERAS, Miguel Ángel; "La Teoría de la Regulación: Un Panorama", en: *Energía: Del Monopolio al...., ob cit*, pág. 185-186.

por ejemplo, una mejor calidad del servicio, la libertad de elegir el suministrador que se desea, disminución de precios, etc⁴⁸⁹.

Por este motivo, mientras se avanza en el proceso de liberalización, cada Estado defiende sus intereses en materia energética y confunde el desarrollo empresarial del sector con un perjudicial nacionalismo energético⁴⁹⁰ que se constituye en uno de los principales obstáculos para el desarrollo del mercado común. En palabras de LASHERAS: “La situación actual puede entenderse como un caso de dilema del prisionero: todos los Estados miembros de Europa ganarían con un mercado interior de la energía interconectado y competitivo, pero, a corto plazo, la mejor estrategia de cada Estado miembro es aprovecharse de la liberalización de los demás y mantener empresas fuertes que intenten expandirse en el mercado europeo. El problema es que si todos los Estados

⁴⁸⁹ En efecto, para las autoridades comunitarias, “Solo un mercado interior plenamente abierto que permita a todos los ciudadanos de la Unión elegir libremente a sus suministradores y a todos los suministradores abastecer libremente a sus clientes es compatible con las libertades (entre otras, la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios) que el Tratado garantiza a los ciudadanos de la Unión”. Cfr. Considerando 3, Directiva 2009/72/EC del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE, publicada en el DOUE L 211 de 14 de agosto de 2009, pág. 55- 93. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:211:0055:01:ES:HTML>.

⁴⁹⁰ El Profesor ARIÑO utiliza la expresión “soberaníaenergética” para referirse a la actitud proteccionista de algunos Gobiernos europeos que reclaman la autonomía para “configurar su propio mix energético, contratar su propio abastecimiento, hacer su apuesta tecnológica, configurar el tipo de empresa que prefiere (pública o privada) y definir su propia estructura empresarial (oligopólica o competitiva, con campeón nacional o sin él)”. Cfr. ARIÑO ORTIZ, Gaspar; “*Problemas de Competencia en los Sectores Energéticos: ¿Campeones Nacionales o....*”, *ob cit*, pág. 11, disponible en <http://www.arinoyasociados.com/working.htm>

miembros hacen lo que más les interesa a corto plazo, el mercado interior de la energía se vuelve un objetivo imposible”⁴⁹¹.

Por lo pronto, un primer paso para contribuir al desarrollo del mercado común de la energía en Europa es insistir en la necesidad de reducir al máximo posible la intervención política en el procedimiento de concentraciones, para que estos procesos se mantengan alejados de intereses coyunturales, que en nada benefician al sector, ni a las empresas, ni a los consumidores.

3.9. Operación ENEL/ ACCIONA/ ENDESA.

3.9.1. Características de la Operación y empresas participantes.

El 31 de mayo de 2007, la Comisión recibió la notificación de una operación de concentración mediante la cual la empresa energética italiana ENEL⁴⁹² y la empresa española de promoción y gestión de infraestructuras, ACCIONA⁴⁹³, adquirirían el control

⁴⁹¹ Cfr. LASHERAS, Miguel Ángel; “La Teoría de la Regulación: Un Panorama”, en: *Energía: Del Monopolio al....*, ob cit , 186.

⁴⁹² Empresa controlada por el Estado italiano, como destacamos en el apartado 3.5.1. del presente capítulo. En el momento de la ejecución de esta concentración, ENEL seguía siendo la principal empresa de suministro de electricidad en Italia, tanto en el mercado residencial como en el mercado industrial. También operaba en el sector eléctrico de países como España, Bulgaria, Rumania, Eslovaquia, Rusia, Francia y en algunos países de América, como México, Guatemala, Costa Rica, Estados Unidos y Canadá. Asimismo, ENEL participaba en el mercado italiano de aprovisionamiento y suministro de gas natural, para la producción de electricidad. En este país, ENEL era el segundo operador en los mercados de distribución y suministro de gas. Fuente: Página corporativa de ENEL: www.enel.it

⁴⁹³ Grupo empresarial español activo en el sector de la construcción (infraestructuras, bienes raíces, etc.) y en el desarrollo y explotación de energías renovables. Vale la pena destacar que, previamente a la presentación de la OPA con ENEL, ACCIONA había incrementado su participación en ENDESA. Primero, en septiembre de 2006, cuando adquirió el 10% del capital social. Después, en noviembre del mismo año, adquirió un 9,63% adicional, hasta

conjunto de ENDESA⁴⁹⁴. De acuerdo a los términos de la operación presentados a la Comisión, esta se llevaría a cabo mediante una OPA conjunta de ENEL y de ACCIONA, cuyos principales términos se sustentaban en un acuerdo particular elaborado por las dos empresas⁴⁹⁵.

La concentración notificada preveía que una vez aprobada, ENEL y ACCIONA venderían a la empresa alemana E.ON, determinados activos de ENDESA y de ENEL, que se encontraban en España, Italia, Francia, Polonia y Turquía⁴⁹⁶. Buena parte de estos activos, correspondían a unidades de producción de electricidad que ENDESA tenía en

alcanzar una participación del 19,63%. Esta nueva adquisición de acciones estaba incluida en el plan de ACCIONA de incrementar su participación en ENDESA hasta el 24,9%; plan que había autorizado la CNE a comienzos de noviembre del 2006. En esta oportunidad, en su calidad de accionista mayoritario, ACCIONA manifestó, que no estaba de acuerdo con la OPA de E.ON por considerar que el valor ofrecido (35 euros por acción) estaba por debajo del valor real y potencial de la empresa. Cuatro meses después, en marzo del 2007, ACCIONA y ENEL informaron acerca de la existencia de un acuerdo conjunto de gestión compartida de ENDESA, condicionado a que E.ON no adquiriese más del 50% de su capital social. *Vid.* Pagina corporativa de ACCIONA: www.acciona.es

⁴⁹⁴ Decisión de la Comisión de 5 de julio de 2007, caso No COMP/M.4685, *ENEL / ACCIONA / ENDESA*, publicada en el DOUE C 212 de 11 de septiembre de 2007 y disponible en http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=2_M_4685

⁴⁹⁵ OPA presentada ante la CNMV el 11 de abril de 2007. Esta se formuló por el 100% de las acciones de ENDESA, a un precio de 40.16 euros por acción, contraprestación que sería pagada en metálico. *Vid.* Documento de presentación de la OPA de ACCIONA y ENEL sobre ENDESA. Disponible en la página web de la CNMV: www.cnmv.es

⁴⁹⁶ La venta de estos activos fue acordada conjuntamente por E.ON, ENEL y ACCIONA, el 2 de abril de 2007, con la finalidad de que E.ON retirase la OPA que mantenía sobre ENDESA y dejara la vía libre para que prosperase la operación de ENEL y ACCIONA. El acuerdo implicaba la compra de E.ON de VIESGO, filial de ENEL en España, de ENDESA EUROPA, y de las centrales “Los Barrios” y “Tarragona”, pertenecientes a ENDESA, por un valor de 11.500 millones de euros. *Vid.* Pág. 2, Decisión de la Comisión de 5 de julio de 2007, caso No COMP/M.4685, *ENEL / ACCIONA / ENDESA*, publicada en el DOUE C 212 de 11 de septiembre de 2007, pág. 1 y disponible en http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=2_M_4685

aquellos países y a unidades de producción que ENEL tenía en España (VIESGO), a excepción de aquellos que integraban su negocio de energías renovables⁴⁹⁷.

De acuerdo a la Comisión, la venta de todos estos activos no debía ser analizada en esta oportunidad ya que, a la vista del acuerdo existente, ENEL y ACCIONA no adquirirían su control. Como expondremos posteriormente, la venta a E.ON de los activos que ENDESA tenía en otros países europeos, fue autorizada por la Comisión en una operación independiente (E.ON/ENDESA EUROPA/VIESGO)⁴⁹⁸.

3.9.2. Consideraciones de la Comisión.

Una vez establecida la dimensión comunitaria de la operación, la definición de los mercados de producto afectados, abarco la actividad de producción y el mercado mayorista de electricidad, el transporte, la distribución y el suministro. No obstante, la Comisión consideró que no era necesario definir puntualmente cada uno de estos mercados, en razón a que la operación no despertaba mayores preocupaciones en materia de competencia.

En punto a la definición del mercado geográfico, con excepción del mercado de distribución de electricidad, el ámbito geográfico de los mercados de producto involucrados, era de carácter nacional. En relación al mercado geográfico de la actividad de distribución, la autoridad comunitaria considero que, dada su condición de monopolio natural, su ámbito era de carácter local⁴⁹⁹.

⁴⁹⁷ El acuerdo entre E.ON, ACCIONA y ENEL, también contemplaba la transferencia a ACCIONA de todas las actividades de ENDESA en el mercado de energías renovables.

⁴⁹⁸ *Vid. infra*. Apartado 3.10 del segundo capítulo.

⁴⁹⁹ En efecto, cada una de las empresas que participa en este mercado tiene sus propias redes en zonas independientes, que no se solapan con las de otras empresas. *Vid.* Pág. 4, Decisión de la Comisión de 5 de julio de

Como era de esperarse, la Comisión rechazó los argumentos de quienes defendían –al amparo del MIBEL- el ámbito peninsular de la producción de electricidad y el mercado mayorista. Para esta autoridad, como se reitera en este trabajo, este mercado se limita al ámbito geográfico español porque la deficiente capacidad de las redes de interconexión entre España y Portugal, limita las importaciones y exportaciones de electricidad entre los dos países. En consecuencia, esta circunstancia impide considerar el MIBEL como un único mercado regional organizado⁵⁰⁰.

En punto a los efectos de la concentración en materia de competencia, el análisis debía centrarse en los efectos que se producirían en España, país donde Endesa participaba activamente. Para esta autoridad, los efectos de la concentración en Portugal, Alemania y Grecia -países donde se solapaban algunas de las actividades de ACCIONA, ENEL y ENDESA- no eran de la suficiente entidad como para ser tenidos en cuenta.

Así pues, en relación a los efectos que tendría la concentración en la actividad de producción y en el mercado mayorista de electricidad, la Comisión concluyó que la cuota conjunta de mercado de las tres empresas se encontraría en un rango estimado entre el 20% y el 30%, una cuota ligeramente superior a la que tenía ENDESA antes de la operación⁵⁰¹. Así lo consideró la autoridad comunitaria, después de valorar las diversas transferencias de activos que se llevarían a cabo después de ejecutarse la concentración.

2007, caso No COMP/M.4685, *ENEL / ACCIONA / ENDESA*, publicada en el DOUE C 212 de 11 de septiembre de 2007 y disponible en http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=2_M_4685

⁵⁰⁰ *Ibid.* Pág. 5.

⁵⁰¹ En efecto, después de la concentración, ENDESA tendría una cuota de mercado situada entre el 20% y el 30%, ACCIONA entre el 5% y el 10% y, ENEL, entre el 0% y el 5%. *Vid.* Pág. 7, Decisión de la Comisión de 5 de julio de 2007, caso No COMP/M.4685, *ENEL / ACCIONA / ENDESA*, publicada en el DOUE C 212 de 11 de septiembre de 2007 y disponible en http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=2_M_4685

Así las cosas, en relación a los efectos no coordinados derivados de la concentración, terceros intervinientes argumentaron que la operación daría lugar a la desaparición de ACCIONA como un operador independiente. No obstante, en esta oportunidad, la autoridad comunitaria descartó este argumento debido a que, como resultado de la concentración, el incremento de la capacidad instalada de ACCIONA era bastante reducido y, además, tampoco se presentaba un incremento importante de su cuota de mercado, en términos de producción⁵⁰².

Por otra parte, ante una eventual desaparición de ACCIONA como agente del mercado, tampoco se producirían efectos no coordinados, teniendo en cuenta que gracias a la concentración, se reforzaría la posición en el mercado de VIESGO, filial de ENEL en España y que pasaría a ser controlada por E.ON⁵⁰³.

Otro argumento que descartaba la existencia de efectos no coordinados derivados de la concentración, era que -después de su ejecución- otros competidores, como IBERDROLA, UNIÓN FENOSA y GAS NATURAL, permanecerían activos en este mercado.

⁵⁰² En efecto, antes de la concentración, la capacidad instalada de ACCIONA se encontraba entre el 0% y el 5% de la capacidad total de parque español. Después de la concentración, esta cuota se ubicaría entre el 5% y el 10%. En términos de producción de electricidad, antes de la concentración, la cuota de ACCIONA también estaba entre el 0% y el 5%. Después de la concentración, este índice se mantenía en el mismo rango e, incluso, tendía a reducirse. *Vid.* Pág. 7, Decisión de la Comisión de 5 de julio de 2007, caso No COMP/M.4685, *ENEL / ACCIONA / ENDESA*, publicada en el DOUE C 212 de 11 de septiembre de 2007 y disponible en http://ec.europa.eu/competition/elojade/iseef/case_details.cfm?proc_code=2_M_4685

⁵⁰³ Después de la concentración, la capacidad de producción de VIESGO, aumentaría del 0%-5% al 5%-10%. Además, su cuota de mercado, en términos de producción, se incrementaría del 0%-5% al 5%-10%. *Ibidem*.

Con fundamento en los argumentos anteriormente expuestos, no era probable que la concentración notificada generara problemas de competencia en la actividad de producción de electricidad, ni en el mercado mayorista.

Ahora bien, en punto a los efectos coordinados, terceros intervinientes argumentaban que –después de la concentración- se crearía un vínculo estructural entre ENDESA y UNIÓN FENOSA, a través de EUFER, empresa controlada conjuntamente por ENEL y UNION FENOSA⁵⁰⁴.

Las preocupaciones en materia de efectos coordinados, se concretaban en la posibilidad de que ENDESA, ACCIONA-ENEL y UNION FENOSA⁵⁰⁵, intercambiaran información y coordinaran su comportamiento, a la vista de que cualquier estrategia competitiva tomada por ENEL y ACCIONA, estaría sometida a los intereses de la política de activos de ENDESA. Para la Comisión, esta hipótesis no era viable debido a las siguientes razones:

En primer lugar, era poco probable que EUFER dejase de ejercer una presión competitiva sobre ENDESA, ya que el socio de ENEL en EUFER, esto es, UNION FENOSA, no participaba en los beneficios de ENDESA, por lo tanto, no tenía ningún incentivo para dejar de competir con ENDESA. Asimismo, era poco probable que el nuevo nexo entre ENDESA y UNION FENOSA, les llevase a coordinar su comportamiento teniendo en cuenta que, desde antes de la concentración, ya existían relaciones entre las dos empresas. Por ejemplo, compartían la propiedad y el control de la Central Térmica de Anllares y, además, tenían participaciones en otros activos del sector del gas y la electricidad, como

⁵⁰⁴ EUFER es una empresa del mercado de producción y suministro al por mayor, únicamente activa en el régimen especial de producción y con una cuota de mercado entre el 0% y el 5%.

⁵⁰⁵ En su condición de empresa que tenía el control conjunto de EUFER, junto con ENEL.

por ejemplo, Centrales Nucleares Almaraz-Trillo y la planta de regasificación de Sagunto.

En segundo lugar, en punto al mercado de producción y al mercado mayorista, después de la concentración, ENDESA y UNION FENOSA desarrollarían su actividad en un entorno más competitivo, teniendo en cuenta sus nuevas cuotas de participación (ENDESA 20%-30%, UNION FENOSA 10%-20) en relación al líder del mercado, IBERDROLA (20% y el 30%)⁵⁰⁶.

Ahora bien, resultaba positivo que como resultado de la concentración, ENDESA liberase una importante cuota de su capacidad de producción, en especial, a un competidor independiente como era VIESGO/E.ON; empresa que, en aquel momento, no tenía plantas nucleares y sus activos de producción a gas o ciclos combinados, era bastante limitado.

En efecto, como consecuencia del acuerdo entre E.ON, ENEL y ACCIONA, después de la concentración, se llevaría a cabo un proceso de desinversión de activos de ENDESA a favor de VIESGO/E.ON, que comprendía, la planta termoeléctrica "Los Barrios", que funcionaba con carbón; la planta termoeléctrica de "Foix", que funcionaba con fuel oil y la central de ciclo combinado de "Besos 3"⁵⁰⁷. Para la Comisión, era positivo que este parque de producción fuese liberado a favor de un competidor independiente ya que de

⁵⁰⁶ Vid. Pág. 8, Decisión de la Comisión de 5 de julio de 2007, caso No COMP/M.4685, *ENEL / ACCIONA / ENDESA*, publicada en el DOUE C 212 de 11 de septiembre de 2007 y disponible en http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=2_M_4685.

⁵⁰⁷ Además, E.ON sería beneficiario de un contrato de suministro de electricidad, de origen nuclear, durante diez años, con una potencia de 450 MW.

esta manera existiría una mayor competencia entre los productores que participan en este segmento de la oferta⁵⁰⁸.

Por último, la autoridad comunitaria tampoco encontró ningún efecto adverso en materia de competencia en los mercados de restricciones técnicas, ni en los mercados de distribución y suministro de electricidad. En el mercado de distribución no existía ningún solapamiento de actividades, debido a su carácter de monopolio natural, que implicaba que no existe competencia en la misma zona geográfica. En el mercado de suministro, la actividad de ENDESA, solamente se solapaba con un único cliente que ACCIONA tenía en este mercado, efecto insignificante para la Comisión⁵⁰⁹.

3.9.3. Decisión de la Comisión.

Con fundamento en las razones expuestas anteriormente, la Comisión no se opuso a la ejecución de la concentración y la declaro compatible con el mercado común o con el Acuerdo EEA⁵¹⁰.

⁵⁰⁸ En efecto, la parte más baja y más larga de la curva de mérito de la oferta estaba constituida por centrales termoeléctricas, nucleares y de gas. Era en este segmento de la oferta, donde las desinversiones de ENDESA, tenían un efecto positivo en materia de competencia. Por otra parte, la Comisión también rechazó la posibilidad de que se presentasen efectos coordinados en el ámbito europeo, ya que, como hemos mencionado en el presente trabajo, los mercados energéticos todavía son de ámbito nacional. *Vid.* Pág. 9, Decisión de la Comisión de 5 de julio de 2007, caso No COMP/M.4685, *ENEL / ACCIONA / ENDESA*, publicada en el DOUE C 212 de 11 de septiembre de 2007 y disponible en http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=2_M_4685

⁵⁰⁹ *Ibidem*.

⁵¹⁰ En el ámbito interno, la OPA fue autorizada - de forma condicionada- por la CNE, el 4 de julio de 2007 y por la CNMV, el 25 de julio de 2007. En punto a las condiciones impuestas por la CNE, estas fueron modificadas parcialmente por el Ministerio de Industria el 19 de octubre de 2007, como consecuencia de un recurso de alzada interpuesto contra algunas de las condiciones de la CNE. No obstante, en diciembre de 2007, la Comisión Europea decidió que España había violado el artículo 21 del Reglamento de concentraciones, ya que algunas de las condiciones impuestas a ENEL y ACCIONA eran incompatibles con el Derecho comunitario. En consecuencia, la Comisión solicitó que, antes del 10 de enero de 2008, debían retirarse las condiciones declaradas incompatibles. En

De esta manera terminó el largo camino de Ofertas Públicas de Adquisición sobre ENDESA, que comenzó con la oferta de GAS NATURAL, siguió con la de E.ON y terminó con la de ENEL y ACCIONA. El resultado final de este accidentado proceso lo podemos resumir en los siguientes términos:

Uno de los argumentos comunes utilizados por el Gobierno para manifestar sus reservas sobre la OPA de E.ON (y que no fue expresado así en la oferta de ACCIONA y ENEL) era el mantenimiento de ENDESA como empresa española, tanto en su parte operativa como accionaria. En teoría, la presencia de ACCIONA en la OPA conjunta presentada con ENEL, garantizaba la defensa de este interés y, en consecuencia, permitía que el Gobierno se mantuviese neutral al desarrollo de la operación⁵¹¹.

particular, estas condiciones eran: a) la obligación de mantener a Endesa como empresa independiente, incluida su marca, y su centro de toma de decisiones en España, b) la limitación en el coeficiente de servicio de la deuda de Endesa, c) la limitación en cuanto a la política de distribución de los dividendos de Endesa, d) la obligación de que algunos de los activos de generación de Endesa compraran ciertas cantidades de carbón nacional y e) la obligación de conservar los activos de los sistemas de electricidad insulares -y no continentales- dentro del grupo de Endesa. *Vid.* Acuerdo de autorización de la CNE de 4 de julio de 2007, disponible en www.cne.es; Autorización de la CNMV de la OPA de ENEL y ACCIONA sobre ENDESA, de 25 de julio de 2007, disponible en www.cnmv.es e informe IP/07/1858 (de 5 de diciembre de 2007) de la Comisión Europea, disponible en <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/07/1858&format=HTML&aged=1&language=ES&guiLanguage=es>

⁵¹¹ Existe abundante información en relación a la actitud del Gobierno frente a la OPA de E.ON y frente a la OPA de ACCIONA y ENEL. Por ejemplo, en relación a su oposición frente a la OPA de E.ON, destacamos: “En una reunión celebrada por la tarde en Moncloa, Zapatero expresó a Bernotat el rechazo del Gobierno español a la opa, alegando que las empresas de sectores estratégicos **deben estar en manos españolas**. En esta línea, el secretario de Comunicación, Fernando Moraleda había declarado antes que 'el Gobierno va a seguir siendo respetuoso con las reglas del mercado, pero tiene la convicción de que en un sector estratégico conviene a los intereses generales de España tener una empresa matriz española'. El resaltado es nuestro. *Vid.* Periódico Cinco Días, 22 de febrero de 2006, disponible en http://www.cincodias.com/articulo/empresas/Zapatero-rechaza-contraopa-alemana-Eon-Endesa/20060222cdscdiemp_1/cdsemp/; Y en relación con el incremento de la participación de ACCIONA en ENDESA: “El Ministro de Industria, Turismo y Comercio, Joan Clos, aseguró hoy que la llamada "solución

Pues bien, como era previsible, después de ejecutada la OPA, los intereses empresariales han prevalecido sobre la defensa de ENDESA como empresa española y, en consecuencia, ACCIONA ha salido de ENDESA con buena parte del negocio de energías renovables, dejando a ENEL el control y la propiedad –casi absoluta- de la empresa.

En efecto, en junio de 2009, ACCIONA le vendió a ENEL, su porcentaje total de participación en ENDESA, que representaba el 25,01%, por un valor de 9.627 millones de euros. De esta manera, ENEL aumentó su participación en ENDESA hasta el 92% y obtuvo su control sin restricciones. No obstante, para llegar a adquirir esta participación, ENEL debió venderle a ACCIONA activos de producción hídricos y eólicos de ENDESA –ubicados en España y Portugal-, que sumaban una capacidad de producción de 1.946 MW. La venta de estos activos era una de las principales condiciones impuestas por ACCIONA para salir de ENDESA.

De esta manera, dos años después de la OPA, ambas partes alcanzaron las metas que se proponían desde la perspectiva de sus respectivos negocios: ACCIONA se convirtió en el segundo grupo mundial de energías renovables, recibió un importante dividendo por su participación en ENDESA⁵¹² y, además, con el dinero de la venta de su participación en

española" tiene "más probabilidades" de salir adelante en Endesa que la opción representada por E.ON, ya que, dijo, es "muy difícil" alcanzar la mayoría necesaria para levantar los blindajes estatutarios. Clos señaló, en declaraciones a la cadena SER, que "probablemente se vaya a una determinada forma de pacto"...". *Vid.* www.energiadiario.com, 27 de febrero de 2007, disponible en <http://www.energiadiario.com/publicacion/spip.php?article1579>

⁵¹² En efecto, en marzo de 2009, tres meses antes de su salida de ENDESA, ACCIONA recibió un dividendo de 1.560 millones de euros.

la empresa, redujo drásticamente su deuda⁵¹³. Por su parte, ENEL, a pesar de su condición de empresa pública extranjera, pasó a tener el control absoluto de ENDESA.

Desde el punto de vista de la competencia en el mercado español de producción de electricidad, merece la pena destacar que gracias a la importante desinversión de los activos de ENDESA, fue posible reducir la concentración de este mercado. A su vez, se permitió la entrada de E.ON en el mercado, como un operador independiente y con una importante cuota de participación, gracias a los activos recibidos de ENDESA y a la posición en el sector que tenía VIESGO⁵¹⁴.

3.10. Operación E.ON/ENDESA EUROPA/VIESGO.

3.10.1. Características de la operación y empresas participantes.

El 19 de mayo de 2008, la Comisión recibió la notificación de una operación de concentración⁵¹⁵, mediante la cual la empresa alemana E.ON A.G. (en adelante E.ON),

⁵¹³ Como precisa el diario Expansión, “La venta de su participación en Endesa, permitió a Acciona, al cierre del ejercicio 2009, reducir en más de la mitad la deuda financiera, hasta los 7.265 millones de euros, y triplicar su beneficio, hasta los 1.263 millones....”. Cfr. DIARIO EXPANSIÓN, 25 de febrero de 2010, disponible en <http://www.expansion.com/2010/02/25/empresas/construccion/1267084330.html>

⁵¹⁴ Asimismo, en beneficio de la competencia en el mercado de producción de electricidad, merece la pena destacar la nueva posición que ACCIONA ha adquirido en este mercado, en particular, después de recibir los activos de energías renovables de ENDESA. En este sentido, en diciembre de 2009, la potencia de ACCIONA era de 5.624 MW; 4.968 MW en régimen especial y 657 MW en régimen ordinario. Fuente: Pagina web corporativa de Acciona-Energía, disponible en <http://www.acciona-energia.es/default.asp?x=00020215>

⁵¹⁵ Decisión de la Comisión de 19 de junio de 2008, caso No COMP/M.5170, *E.ON / ENDESA EUROPA / VIESGO*, publicado en el DOUE C 237 de 16 de septiembre de 2008, pág. 1/1 y disponible en <http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=478873:cs&lang=en&list=474670:cs,474435:cs,474269:cs,473584:cs,473342:cs,472836:cs,480015:cs,478873:cs,474379:cs,472195:cs,&pos=8&page=5&nbl=785&pgs=10&hwords=E.ON-&checktexte=checkbox&visu=#texte>. Esta fue la segunda Decisión de la Comisión en este caso, debido a cambios notificados por las partes en materia de los activos involucrados en la operación. La autoridad comunitaria ya se había

adquiría el control exclusivo de la empresa Endesa Europa, S.L (en adelante Endesa Europa), determinados activos y derechos de Endesa S.A. (en adelante Endesa España⁵¹⁶) y la empresa subsidiaria de ENEL S.p.A en España, conocida como VIESGO.

Endesa Europa era una empresa perteneciente al grupo Endesa, que fue creada en el año 2000 para expandir la presencia de Endesa en el mercado energético Europeo. En el año 2007, Endesa Europa tenía presencia en países como Francia, Italia, Polonia y Turquía.

VIESGO, como ya hemos visto⁵¹⁷, era una empresa perteneciente al grupo energético italiano ENEL, que desarrollaba sus actividades -principalmente- en el norte de España, en los sectores de producción, distribución y suministro de electricidad.

Esta operación se materializó mediante la compra de acciones y activos, como consecuencia de los acuerdos alcanzados por las empresas E.ON, ENEL y ACCIONA, en el proceso de concentración ENEL/ACCIONA/ENDESA, estudiada anteriormente.

3.10.2. Consideraciones de la Comisión.

pronunciado inicialmente y con el mismo criterio, mediante una Decisión del 6 de agosto del 2007, caso COMP/M.4672, *E.ON / ENDESA EUROPA / VIESGO*, publicada en el DOUE C 212, de 11 de septiembre de 2007, pág. 1 y disponible en <http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=455317:cs&lang=en&list=455319:cs,455317:cs,455236:cs,451996:cs,450265:cs,&pos=2&page=1&nbl=5&pgs=10&hwords=E.ON~Endesa~&checktexte=checkbox&visu=#texte>

⁵¹⁶ Como ya lo hemos mencionado, los activos de Endesa España que serían adquiridos por E.ON eran la planta de producción de electricidad de Tarragona y de Los Barrios. Estos dos activos, sumados a la adquisición de control sobre VIESGO, convertían a E.ON en la cuarta empresa energética de España. *Vid.* Pagina Corporativa de E.ON España: <http://www.eon-espana.com/cms/es/421.jsp>

⁵¹⁷ *Vid supra.* Apartado 3.5. del segundo capítulo, operación *ENEL/VIESGO*.

Una vez establecida la dimensión comunitaria de la operación, la definición de los mercados de producto involucrados en la operación abarcó el mercado de producción y suministro de electricidad al por mayor, el mercado de transmisión de electricidad, el mercado de distribución y el suministro de electricidad al por menor⁵¹⁸.

En punto a los mercados geográficos de referencia, las partes coincidían con el criterio de la Comisión, otorgando alcance nacional a la mayoría de los mercados de producto afectados. No obstante, al igual que en la operación estudiada en el apartado anterior, en este caso la autoridad comunitaria consideró que no era necesario delimitar puntualmente estos mercados al no plantear problemas de competencia⁵¹⁹.

Ahora bien, esta concentración produciría solapamientos en los mercados de generación de electricidad y suministro al por mayor en España, de generación de electricidad y suministro al por mayor en Polonia, de suministro al por mayor y al por menor en Italia y

⁵¹⁸ En el caso del suministro de electricidad al por menor, la Comisión segmentó este mercado en dos, el primero de ellos el mercado de grandes clientes industriales conectados a la red de alta tensión y el segundo, el mercado de pequeños clientes industriales, comerciales y domésticos conectados a la red de baja tensión. *Vid.* Apartado 9, Decisión de la Comisión de 19 de junio de 2008, caso No COMP/M.5170, *E.ON / ENDESA EUROPA / VIESGO*, publicado en el DOUE C 237 de 16 de septiembre de 2008, pág. 1/1 y disponible en <http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=478873:cs&lang=en&list=474670:cs,474435:cs,474269:cs,473584:cs,473342:cs,472836:cs,480015:cs,478873:cs,474379:cs,472195:cs,&pos=8&page=5&nbl=785&pgs=10&hwords=E.ON~&checktexte=checkbox&visu=#texte>

⁵¹⁹ *Vid.* Apartados 10 a 12, Decisión de la Comisión de 19 de junio de 2008, caso No COMP/M.5170, *E.ON / ENDESA EUROPA / VIESGO*, publicado en el DOUE C 237 de 16 de septiembre de 2008, pág. 1/1 y disponible en <http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=478873:cs&lang=en&list=474670:cs,474435:cs,474269:cs,473584:cs,473342:cs,472836:cs,480015:cs,478873:cs,474379:cs,472195:cs,&pos=8&page=5&nbl=785&pgs=10&hwords=E.ON~&checktexte=checkbox&visu=#texte>

de suministro a grandes clientes industriales en Francia⁵²⁰. También se presentaban relaciones verticales entre las partes, en las actividades de gas y electricidad, en Francia, Italia y Polonia.

Respecto al mercado de generación de electricidad en España, la posición que E.ON tendría en este mercado después de concretarse esta operación no generaba ningún efecto anticompetitivo, teniendo presente que su cuota de mercado aun se encontraba lejos de los principales operadores como Iberdrola y Endesa (que -a la sazón- tenía una cuota de mercado del 23,6%). Además, esta operación favorecería la reducción de los niveles de concentración del mercado, especialmente tratándose de los dos operadores dominantes anteriormente mencionados.

En relación a los mercados de generación de electricidad y venta al por mayor en Polonia, la cuota de mercado que E.ON y Endesa tenían era demasiado reducida como para que la operación generase problemas de competencia. En efecto, según las estimaciones de la Comisión, la cuota de mercado que E.ON poseía, a través de sus filiales E.ON Sverige y E.ON Edis, no representaba más del 1% del total de la capacidad instalada; cuota de mercado similar a la que tenía Endesa Europa. En el sector de la venta al por mayor, ambas empresas tenían una cuota de mercado que oscilaba entre el 0 y el 5%⁵²¹.

⁵²⁰ En el sentido de que existiría una presencia simultánea de las partes en un mismo mercado relevante. *Vid.* CREUS CARRERAS, Antonio, AMADOR PEÑATE, Olivia y PEREZ OLMO, Gerard; “*Código de Derecho de la Competencia*”, Editorial La Ley, Madrid, 2006, pág. 1090.

⁵²¹ *Vid.* Apartados 20, 21 y 22, Decisión de la Comisión de 6 de agosto de 2007, caso COMP/M.4672, *E.ON / ENDESA EUROPA / VIESGO*, publicado en el DOUE C 212 de 11 de septiembre de 2007, pág. 1 y disponible en <http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=455317:cs&lang=en&list=455319:cs,455317:cs,455236:cs,451996:cs,450265:cs,&pos=2&page=1&nbl=5&pgs=10&hwords=E.ON~Endesa~&checktexte=checkbox&visu=#texte>

Respecto al mercado mayorista de electricidad en Italia, Endesa Europa tenía una cuota de mercado que oscilaba entre el 5 y el 10%, mientras que la cuota de mercado de E.ON⁵²² se encontraba entre el 0 y el 5%. Así las cosas, no era previsible la existencia de efectos anticompetitivos en el mercado nacional o en alguna de las regiones en que la Comisión había segmentado este mercado en Italia (Norte, Macro-Sur, Macro-Sicilia y Cerdeña).

Ahora bien, en Italia, Endesa Europa participaba en el suministro al por menor de grandes clientes y tenía una cuota de mercado entre el 0 y el 5%. Por su parte, la cuota de E.ON era inferior a la de Endesa. De tal modo, entre las dos empresas, tomando en consideración el mercado de suministro a clientes industriales y a pequeños consumidores, la cuota de mercado no excedía del 5%⁵²³.

En el suministro al por menor de electricidad a grandes clientes industriales en Francia, la cuota de mercado que ambas partes tenían oscilaba entre el 0 y el 5%, por lo que tampoco existían preocupaciones en materia de efectos anticompetitivos derivados de la concentración⁵²⁴.

⁵²² E.ON participaba en este mercado, fundamentalmente, mediante importaciones de electricidad a través de la frontera del norte de Italia o a través de la compra de electricidad a vendedores mayoristas o a productores. *Vid.* Apartado 23, Decisión de la Comisión de 6 de agosto de 2007, caso COMP/M.4672, *E.ON / ENDESA EUROPA / VIESGO*, publicado en el DOUE C 212 de 11 de septiembre de 2007, pág. 1 y disponible en <http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=455317:cs&lang=en&list=455319:cs,455317:cs,455236:cs,451996:cs,450265:cs,&pos=2&page=1&nbl=5&pgs=10&hwords=E.ON~Endesa~&checktexte=checkbox&visu=#texte>

⁵²³ *Vid.* Apartado 24, Decisión de la Comisión de 6 de agosto de 2007, caso COMP/M.4672, *E.ON / ENDESA EUROPA / VIESGO*, publicado en el DOUE C 212 de 11 de septiembre de 2007, pág. 1 y disponible en <http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=455317:cs&lang=en&list=455319:cs,455317:cs,455236:cs,451996:cs,450265:cs,&pos=2&page=1&nbl=5&pgs=10&hwords=E.ON~Endesa~&checktexte=checkbox&visu=#texte>

⁵²⁴ Respecto a las relaciones verticales entre las partes, en los mercados de Francia, Italia y Polonia, las cuotas de mercado de E.ON eran tan insignificantes en los sectores del gas y la electricidad (entre el 0 y el 5%), que tampoco provocaban preocupaciones en materia de competencia. *Vid.* Apartado 29, Decisión de la Comisión de 6 de agosto

3.10.3. Decisión de la Comisión.

Por las razones anteriormente expuestas, la Comisión decidió no oponerse a la operación notificada y la declaró compatible con el mercado común y con el Acuerdo EEE.

4. Características del control de concentraciones en el sector eléctrico comunitario.

4.1. Separación de las actividades del sector en mercados independientes.

Desde una perspectiva general, los sectores que conforman el sector energético, en particular el servicio de electricidad y de gas, se caracterizan por determinadas particularidades, que añaden un ingrediente de complejidad adicional a la evaluación de una operación de concentración entre empresas vinculadas a estos sectores.

Entre estas particularidades cabe destacar⁵²⁵:

- El número reducido de operadores en el mercado.

de 2007, caso COMP/M.4672, *E.ON / ENDESA EUROPA / VIESGO*, publicado en el DOUE C 212 de 11 de septiembre de 2007, pág. 1 y disponible en <http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=455317:cs&lang=en&list=455319:cs,455317:cs,455236:cs,451996:cs,450265:cs,&pos=2&page=1&nbl=5&pgs=10&hwords=E.ON~Endesa~&checktexte=checkbox&visu=#texte>

⁵²⁵ Vid. CHILD, Graham y BELLAMY, Christopher; *ob cit*, pág. 1099; GARAYAR, Emiliano; “Competencia en los Mercados de la Energía”; en: *Tratado de Derecho de la Competencia*, Editorial Bosch, Tomo 3, Barcelona, 2005, pág. 1469; ARIÑO, Gaspar y LOPEZ DE CASTRO GARCIA MORATO, Lucia; *Derecho de la Competencia en....*, *ob cit*, pág. 209.

- La presencia de barreras de entrada para los nuevos competidores.
- El alto grado de integración vertical de las empresas.
- La estandarización del servicio.
- La existencia histórica de áreas geográficas de suministro exclusivo.
- La condición de ser mercados artificialmente recreados por la regulación.
- La tendencia a la protección e intervención gubernamental.
- La condición de industria de red, con altos costos y donde la infraestructura de transporte necesariamente opera bajo un modelo de monopolio natural.

A estas particularidades, se suman la complejidad técnica y operativa del sector, que difiere de un país a otro. En este sentido, por ejemplo, tratándose del mercado de producción de electricidad, las fuentes de producción varían, dependiendo de circunstancias como la riqueza del país en materia de recursos naturales, el grado de desarrollo tecnológico, el impulso a las fuentes alternativas de producción eléctrica, etc⁵²⁶.

⁵²⁶ Si se tiene en cuenta la producción de electricidad en el interior de los 27 países miembros de la Unión Europea, la principal fuente de generación de electricidad en el año 2005 fue la energía nuclear con una cuota de mercado del 30%, seguida por la electricidad térmica a gas (20%) y a carbón (19%). En materia de energías renovables, la energía hidroeléctrica abarcaba el 10% del mercado de producción y, en general, todas las energías alternativas sumaban un 14% del mercado de producción de electricidad. Ahora bien, estos indicadores hacen referencia a los 27 países miembros de la UE en su conjunto, pero en cada uno de ellos el abanico de sistemas de producción de electricidad y su cuota porcentual en el total, es diferente y responde, como ya se mencionó, a las particularidades propias de cada mercado local. *Vid.* EUROSTAT; “*Europe in Figures, Eurostat Yearbook 2008*”, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 2008, pág. 442.

Por estas razones, la definición del mercado geográfico y del mercado de producto -en una operación de concentración con dimensión comunitaria- en el sector eléctrico, ha sido una tarea compleja para la Comisión, especialmente a la hora de establecer criterios puntuales en materia de definición de los mercados de producto afectados.

En efecto, la complejidad técnica de los mercados eléctricos, sus particularidades en cada país y su condición de mercado en transición⁵²⁷, han llevado a que la Comisión -necesariamente- disponga de margen de discrecionalidad a la hora de definir, según circunstancias de modo, tiempo y lugar, el mercado de producto y el mercado geográfico de una concentración en el sector eléctrico europeo.

En primer lugar, hay que tener presente que la electricidad, el gas y el petróleo, como productos pertenecientes al sector energético, tienen cada uno sus características propias y constituyen mercados independientes. Esta consideración ha sido puesta de manifiesto por la Comisión, haciendo hincapié en las diferencias existentes en materia de producción, almacenamiento, transporte, consumo, etc⁵²⁸.

⁵²⁷ La connotación de mercados en transición proviene con acierto de ARIÑO y LOPEZ DE CASTRO, al predicar esta característica del sector energético y de las telecomunicaciones, una vez que se produce la apertura de estos dos mercados a la competencia. A nuestro entender, en la actualidad, el carácter dinámico de estos mercados es impulsado por los progresos del proceso de liberalización y, aun mas, por los esfuerzos de las autoridades comunitarias dirigidos a consolidar un mercado común de la energía. *Vid.* ARIÑO, Gaspar y LOPEZ DE CASTRO GARCIA MORATO, Lucia; *Derecho de la Competencia en...., ob cit*, pág. 209.

⁵²⁸ La Comisión determinó que la electricidad y el gas eran mercados relevantes diferentes en la Decisión *Tractebel/Distrigaz* (Decisión de la Comisión de 1 de septiembre de 1994, caso IV/M.493, publicada en el DOUE C 249 de 7 de septiembre de 1994, pág. 3); ulteriormente, en el caso *EDF/Edison-ISE* (Decisión de la Comisión de 8 de junio de 1995, caso IV/M.568, publicada en el DOUE C 241 de 16 de septiembre de 1995, pág. 4) y lo ratificó posteriormente en los apartados 19, 20 y 21 de la Decisión *Neste/IVO* (Decisión de la Comisión de 2 de junio de 1998, caso No IV/931, *Neste/IVO*, publicada en el DOUE C 218 de 14 de julio de 1998, pág. 4) en los siguientes

En segundo lugar, una vez establecida la diferenciación entre el mercado del gas y la electricidad, tratándose de este último sector, la Comisión ha identificado, gracias a la experiencia obtenida en sus resoluciones⁵²⁹, cinco mercados de producto diferenciados; a saber:

-El mercado de producción.

-El transporte.

-La distribución.

-El suministro de electricidad al por menor.

-La venta al por mayor de electricidad.

términos: “La Comisión concluyo que desde el punto de vista de la demanda, la electricidad se caracteriza por su universalidad de usos. Es posible distinguir entre los usos exclusivos (como la iluminación y la utilización de la electricidad para obtener reacciones químicas) y los usos para los cuales existe una sustituibilidad potencial, desde un punto de vista técnico, con otras fuentes de energía (como la tracción y la producción de calor).....Desde el punto de vista del suministro, cada fuente de energía presenta algunos requisitos diferentes en los que respecta a la producción, almacenamiento y transporte. Esto diferencia a la electricidad del gas natural, y los diferencia de otras fuentes de energía.....Sobre la base de lo anteriormente expuesto, puede concluirse que existen mercados relevantes diferentes en el gas natural y en la electricidad”. Decisiones disponibles en <http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/>

⁵²⁹ Como en la Decisión de la Comisión de 27 de enero de 1999, caso N° IV/M.1346, *EdF/London Electricity*, publicada en el DOUE C 092 de 1 de abril de 1999, pág. 10; Decisión de la Comisión de 19 de julio de 1990, caso IV/M.1606, *EdF/South Western Electricity*, publicada en el DOUE C 248 de 1 de septiembre de 1999, pág. 9; Decisión de la Comisión de 16 de diciembre de 1999, caso COMP/M.1673, *VEBA/VIAG*, publicada en el DOUE L 188 de 10 de julio de 2001, pág. 1 -52.

Además, la autoridad comunitaria ha identificado la existencia de sub-mercados independientes en el interior de algunos de los cinco grandes mercados mencionados anteriormente; como, por ejemplo, en el caso de el suministro de electricidad al por menor, los sub-mercados de suministro de electricidad a grandes consumidores (clientes industriales) y el suministro a pequeños consumidores (clientes domésticos o residenciales)⁵³⁰.

También, en el caso de la producción de electricidad, es posible identificar sub-mercados, si se tienen en cuenta las diferentes modalidades de producción de electricidad existentes, producción de electricidad a gas, a carbón, con ciclos combinados, hidroeléctrica, nuclear, etc. Cualquiera de estos sub-sectores podrían constituir un mercado afectado por una concentración y, en consecuencia, ser objeto de evaluación por parte de la Comisión.

Ahora bien, este ha sido un proceso dinámico en el que la autoridad comunitaria, teniendo presente su margen de discrecionalidad, ha ido puntualizando o añadiendo conceptos, criterios, fundamentos, etc., a sus definiciones, según las circunstancias del momento⁵³¹.

⁵³⁰ *Vid.* Considerando 32, Decisión de la Comisión de 9 de diciembre de 2004, asunto COMP/M.3440, EDP/ENI/GDP, publicado en el DOUE L 302 de 19 de noviembre de 2005, pág. 69 a 78, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=417517:cs&lang=es&list=477824:cs,417517:cs,417498:cs,417497:cs,417183:cs,412276:cs,397876:cs,397396:cs,398141:cs,395757:cs,&pos=2&page=1&nbl=19&pgs=10&hwords=EDP~&checktexte=c heckbox&visu=#texte>

⁵³¹ Muestra de esta evolución, es la reciente identificación como mercados de producto afectados por concentraciones en el sector eléctrico, el comercio de derechos de emisión de gases con efecto invernadero y los productos financieros derivados del comercio de electricidad. Sectores novedosos que aparecen, respectivamente, gracias a la creación de mercados artificiales que penalizan económicamente la contaminación ambiental y al desarrollo de avanzados instrumentos financieros en torno a la energía eléctrica como objeto de novedosas transacciones comerciales. *Vid.* Decisión de la Comisión de 25 de marzo de 2007, caso COMP/M.4517, IBERDROLA / SCOTTISHPOWER, publicada en el DOUE C 110 de 16 de mayo de 2007 y disponible en http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m4517_20070326_20310_en.pdf

En tercer lugar, hay que tener presente que la discrecionalidad de la Comisión a la hora de identificar los mercados de producto involucrados en una concentración en el sector eléctrico, también le permite adoptar posiciones en las que no define concretamente los mercados afectados debido a la inexistencia de problemas de competencia derivados de la operación⁵³².

En punto a la delimitación del mercado geográfico en operaciones de concentración con dimensión comunitaria en el sector eléctrico europeo, entendemos que, actualmente, esta delimitación se circunscribe al territorio de cada país, es decir, que el mercado geográfico en este tipo de concentraciones es de carácter nacional.

No obstante, en un reciente pronunciamiento, la Comisión ha dejado abierta la posibilidad de que, en un futuro, considere un ámbito geográfico de mayores dimensiones⁵³³ tratándose del mercado de venta de electricidad al por mayor. Como ya hemos indicado anteriormente, esta consideración responde a los progresos que las autoridades comunitarias han logrado en materia de fortalecimiento de las conexiones internacionales de electricidad, a la intención de armonizar el proceso de liberalización

⁵³² Vid. Decisión de la Comisión de 6 de agosto de 2007, caso COMP/M.4672, *E.ON / ENDESA EUROPA / VIESGO*, publicado en el DOUE C 212 de 11 de septiembre de 2007, pág. 1, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=455317:cs&lang=en&list=455319:cs,455317:cs,455236:cs,451996:cs,450265:cs,&pos=2&page=1&nbl=5&pgs=10&hwords=E.ON~Endesa~&checktexte=checkbox&visu=#texte> y Decisión de la Comisión de 25 de marzo de 2007, caso COMP/M.4517, *IBERDROLA / SCOTTISHPOWER*, publicada en el DOUE C 110 de 16 de mayo de 2007 y disponible en http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m4517_20070326_20310_en.pdf

⁵³³ Vid. Decisión de la Comisión de 25 de marzo de 2007, caso COMP/M.4517, *IBERDROLA / SCOTTISHPOWER*, publicada en el DOUE C 110 de 16 de mayo de 2007 y disponible en http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m4517_20070326_20310_en.pdf

del sector eléctrico en los diferentes países de la UE y a la apuesta por el funcionamiento de los mercados regionales de la electricidad en Europa, como paso previo a un Mercado común⁵³⁴.

Cabe concluir que, en materia de concentraciones empresariales en el sector eléctrico europeo, los factores que definen el contenido y alcance de los diferentes mercados de este servicio, difieren en uno u otro caso y en uno u otro Estado miembro. Así pues, la ausencia de un criterio preciso que determine el mercado afectado por una concentración y su alcance, obedece a la necesaria consideración de circunstancias como la legislación de cada país, la estructura de su mercado eléctrico, el abanico de servicios ofrecidos por los competidores, las condiciones económicas, las perspectivas de evolución del sector, la capacidad de sus interconexiones internacionales, la participación en mercados regionales, etc.

4.2. El fomento de la competencia en el marco de un mercado único de la energía.

La evaluación de la Comisión Europea sobre las concentraciones empresariales que se ejecutan en el sector eléctrico europeo, toma en consideración el fomento de la competencia en el mercado energético, bien sea en el mercado del gas, de la electricidad o en ambos mercados de forma simultánea, teniendo en cuenta la formación de empresas *multiutility*.

⁵³⁴ Mercados regionales como el NordPool que integra los mercados eléctricos de Dinamarca, Suecia, Finlandia y Noruega; como el BETTA que integra los mercados de Inglaterra, Escocia y Gales; el mercado regional del BENELUX que integra los mercados eléctricos de Bélgica, Holanda y Luxemburgo, y el MIBEL, que integra los mercados eléctricos de España y Portugal. Vid. ATIENZA SERNA, Luis; *"Integración Regional y acuerdos de Asociación: Experiencias de Integración"*. Presentación expuesta en el I Congreso Euroamericano de la Energía, Madrid, 11 de octubre de 2005 y disponible en http://www.unesa.es/congreso_euroamericano/ponencias/luis_atienza_serna.pdf

Este criterio encuentra su fundamento en el apoyo que la autoridad comunitaria desea conferir a este tipo de operaciones, como mecanismo útil para impulsar el proceso de liberalización del sector en Europa⁵³⁵, porque reconoce las ventajas que tienen las concentraciones empresariales, como herramienta de entrada a nuevos mercados energéticos.

En efecto, las empresas que operan en estos mercados consideran las operaciones de concentración como el mejor mecanismo para entrar directamente en un mercado

⁵³⁵ Después de un periodo previo (1990- 1991) en el que se dieron los primeros pasos en materia de liberalización, fue en 1996 cuando comenzó formalmente el proceso de liberalización del sector eléctrico europeo, gracias a la aprobación de la Directiva 96/92 que establecía los principios y reglas que los países miembros de la UE debían adoptar en su legislación interna tendientes a abrir sus mercados a la competencia y así sentar las bases de un futuro mercado común de la electricidad en el continente. Este primer paquete de medidas pretendía reestructurar los sistemas eléctricos nacionales, caracterizados por su estructura verticalmente integrada, en régimen de monopolio y en algunos casos, divididos en áreas de servicio exclusivo. En este sentido, mediante esta Directiva, se introducía un modelo de competencia en aquellas actividades donde fuese posible, es decir, tratándose del sector eléctrico, en el sector de la producción de electricidad, el suministro y la comercialización. Después de ocho años de haberse implementado el primer paquete de liberalización, la Comisión aprobó una segunda normativa de apertura del sector energético. En efecto, en materia de electricidad, se aprobó la Directiva 2003/54, de 26 de junio de 2003 que, entre otras medidas, exigió la independencia jurídica, funcional y decisoria de los gestores de las redes de transmisión y distribución frente a los propietarios de la red. En la misma se fijó el 1 de julio de 2007 como fecha a partir de la cual cualquier tipo de usuario podría elegir libremente su suministrador y obligó a los operadores de las redes de transmisión y distribución a garantizar el acceso a sus redes mediante un esquema regulado y no negociado. *Vid.* DE LA CRUZ FERRER, Juan; “El Mercado Interior de la Electricidad.....”, *ob cit*, pág. 33-45; DIAZ LEMA, José Manuel; “La Liberalización de las Redes de Gas y Electricidad”; en: *Derecho de la Energía*, Editorial La Ley, Madrid, 2006, pág. 88 y MUNS ALBUIXICH, Joaquim; “*Lecturas de Integración Económica. La Unión Europea*”, Tercera Edición, Universitat de Barcelona, Barcelona, 2005, pág. 392; Directiva 90/377 de 29 de junio de 1990, publicada en el DOUE L 185 de 17 de julio de 1990, pág. 16-24; Directiva 90/547 de 29 de octubre de 1990, publicada en el DOUE L 313 de 13 de noviembre de 1990, pág. 30-33; Directiva 91/296 de 31 de mayo de 1991, publicada en el DOUE L 147 de 12 de junio de 1991, pág. 37-40; Directiva 96/92 de 19 de diciembre de 1996, publicada en el DOUE L 027 de 30 de enero de 1997 pág. 20 -29 y Directiva 2003/54, de 26 de junio de 2003, publicada en el DOUE L 176 de 15 de julio de 2003, pág. 37- 56. Normativa disponible en http://eur-lex.europa.eu/RECH_naturel.do

extranjero, sorteando así las barreras de entrada existentes para los nuevos competidores⁵³⁶. Estas barreras de entrada, que aún persisten en muchos países europeos, pueden ser: altos grados de interferencia gubernamental, la existencia de operadores dominantes que defienden contra nuevos competidores su área histórica de suministro, los altos costos de las inversiones en infraestructuras, la lealtad de los usuarios a sus compañías eléctricas tradicionales⁵³⁷, los altos costos en los procesos de captación de nuevos clientes, etc.

En este orden de ideas, una clara manifestación de la intención de fomentar la competencia en estos mercados, ha sido la frecuencia con que la autoridad comunitaria ha aprobado concentraciones que -según su evaluación inicial- pueden presentar problemas de competencia⁵³⁸ y que, por lo tanto -ab initio- podrían ser declaradas incompatibles con el mercado común.

⁵³⁶ Vid. FAULL, Jonathan y NIKPAY, Ali; *ob cit*, pág. 1465.

⁵³⁷ Estamos de acuerdo con SALERNO, cuando afirma que teniendo en cuenta la sensibilidad que despiertan las concentraciones empresariales en el sector energético, en especial cuando interviene una empresa extranjera, esta situación podría mejorar si el test de competencia tradicional, se complementara con la opinión de los consumidores y se tuviese presente, en el análisis de la concentración, esta opinión. De hecho, el autor plantea que en algunas ocasiones, los usuarios podrían “votar” en contra del operador dominante tradicional para dar la bienvenida a una adquisición llevada a cabo por un operador extranjero que ofrezca menores precios. En suma, el hace un llamado a que se atienda la opinión de los usuarios al interior del proceso de evaluación de concentraciones de modo que no siga existiendo una divergencia entre el régimen de control de concentraciones y las políticas energéticas nacionales. Vid. SALERNO, Francesco Maria; “Current Issues of EU Merger Control in the Energy Sector: a Proposed Framework to Foster the Dialogue”, en: *European Competition Law Review*. Editorial Sweet & Maxwell, Vol. 28, entrega 1, enero, 2007, Reino Unido, pág. 70. Traducción propia.

⁵³⁸ De acuerdo a la reciente Comunicación de la Comisión sobre soluciones admisibles, al hablar de problemas de competencia en una operación de concentración, se hace referencia a “serias dudas o a conclusiones **preliminares** de que es probable que la concentración obstaculice considerablemente la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial de él, particularmente como consecuencia de la creación o consolidación de una posición dominante”. Vid. Comunicación de la Comisión, relativa a las soluciones admisibles con arreglo al

Así las cosas, la aprobación de este tipo de concentraciones es posible gracias a compromisos presentados por las partes o a condiciones impuestas por la Comisión, que resuelven las preocupaciones en materia de competencia, formuladas inicialmente por la autoridad comunitaria, y que -en consecuencia- permiten que la concentración sea declarada compatible con el mercado común.

Un ejemplo de esta circunstancia, se encuentra en la concentración VEBA/VIAG. En esta operación, en un principio, la Comisión sostuvo que la misma reforzaba posiciones de dominio y, en consecuencia, las partes presentaron a la autoridad comunitaria una serie de compromisos, cuya ejecución contrarrestaba los efectos anticompetitivos de la fusión.

Estos compromisos fomentaban la competencia en el mercado eléctrico alemán, evitando la formación de un duopolio en el sector y favoreciendo la entrada de nuevos competidores. Una vez evaluados estos compromisos, la autoridad comunitaria estimó que eran idóneos para mantener la competencia efectiva en el correspondiente mercado y, en consecuencia, aprobó la operación⁵³⁹.

Reglamento (CE) no 139/2004 del Consejo y al Reglamento (CE) no 802/2004, publicada en el DOUE C 267, de 22 de octubre de 2008, pág. 1-27 y disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:267:0001:0027:ES:PDF>. El resaltado es nuestro.

⁵³⁹ Situación similar sucedió en la operación *EDF/EnBW* (*Vid.* Decisión de la Comisión de 7 de febrero de 2001, caso COMP/M.1853, *EDF/EnBW*), en la que la concentración fue aprobada, bajo el requisito de que se cumpliesen las propuestas presentadas por EDF a la Comisión. Estas propuestas pretendían despejar las preocupaciones que, en materia de competencia, había formulado la Comisión en el momento de evaluar la aprobación y consistían en realizar desinversiones en el sector eléctrico local, liberar capacidad de generación, renunciar a derechos de voto, etc. También fue necesaria para su aprobación, la presentación de compromisos por las partes en la operación GRUPO VILLAR MIR/EnBW/HIDROELECTRICA DEL CANTABRICO (*Vid.* Decisión de la Comisión de 26 de septiembre de 2001, asunto COMP/M.2434, *Grupo Villar MIR/EnBW/Hidroeléctrica del Cantábrico*, publicada en el DOUE L 048 de 18 de febrero de 2004, pág. 86-110, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004D0135:EN:HTML>

En este orden de ideas, entre el tipo de compromisos que las partes han propuesto (o que la Comisión ha impuesto), con el propósito de que se declare la concentración compatible con el mercado común, encontramos las siguientes: las subastas de electricidad, las desinversiones en el sector (por ejemplo en capacidad de producción), la reserva de capacidad de conexiones internacionales, el acceso de terceros a redes e infraestructuras, la prohibición de contratos de exclusiva, moratorias en el desarrollo de nuevas infraestructuras, etc.

Estas soluciones o compromisos, generalmente, han sido aplicados en mercados eléctricos locales o nacionales, teniendo en cuenta que hasta la actualidad, a la producción, el transporte, la distribución y el suministro de electricidad, no se les ha reconocido una dimensión mayor que el ámbito nacional. No obstante, es posible que a medio plazo, según avance el proceso de liberalización⁵⁴⁰, este tipo de medidas también

⁵⁴⁰ De acuerdo con DOMINGUEZ PEREZ y GARCIA GALLARDO, la transposición de las Directivas que forman el segundo paquete de liberalización ha presentado los siguientes inconvenientes: la persistencia de precios regulados, obstaculizando la entrada de nuevos competidores; la falta de separación jurídica y de gestión entre los sistemas de distribución y transporte de gas y electricidad; el acceso discriminatorio de terceros a las redes; la falta de transparencia en las tarifas; los problemas a la hora de elegir libremente el suministrador; el acceso preferencial a las redes de transporte para casos de contratos a largo plazo, etc. En este sentido, para la Comisión Europea, el tercer paquete de apertura del sector eléctrico europeo introduce medidas adecuadas para asegurar el acceso no discriminatorio a las redes ya desarrolladas, para separar plenamente los gestores de las redes de transporte (GRT) y de las redes de distribución (GRD), para mejorar la regulación del acceso a las redes a nivel nacional y comunitario, para reducir el margen existente para la competencia desleal, para reforzar el papel de los reguladores nacionales, para coordinar los reguladores a nivel comunitario y facilitar el comercio transfronterizo de electricidad. *Vid.* DOMINGUEZ PEREZ, Dolores y GARCIA GALLARDO, Ramón; “Liberalización en Europa de los Mercados de Gas y Electricidad”, en: *Derecho de los Negocios*, Editorial La Ley, año 17, número 188, mayo de 2006, pág. 45 y Comunicación de la Comisión de 10 de enero de 2007, “*Perspectivas del Mercado Interior del Gas y la Electricidad*”, COM (2006) 0841 final y disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2006:0841:FIN:ES:HTML>.

se adopten en mercados eléctricos integrados, como el Mercado Ibérico de la Energía (MIBEL), que está en pleno desarrollo⁵⁴¹.

A nuestro entender, la aprobación de concentraciones en el sector eléctrico, merced al mecanismo de propuestas previsto por la normativa de concentraciones, conocido como soluciones aceptables o “*acceptable remedies*”⁵⁴², ha tenido una relevancia determinante a la hora de encontrar formulas de solución que hagan compatible una concentración comunitaria con las condiciones de competencia deseadas por la Comisión Europea, en el mercado energético afectado por la operación.

Así las cosas, aunque la consolidación de un mercado energético común cada vez más competitivo e integrado, no se alcanzará exclusivamente a través de las Decisiones de la Comisión Europea en materia de concentraciones, hay que reconocer que, como consecuencia de estas Decisiones, existe claridad acerca de las condiciones de competencia deseadas por la autoridad comunitaria en el sector energético europeo.

⁵⁴¹ Para conocer en detalle el desarrollo del Mercado Ibérico de la Energía *Vid.* VASCONCELOS, Jorge; “La Regulación en el Mercado Ibérico”, en: *Tratado de Regulación del Sector Eléctrico*, Tomo II, Editorial Thomson Aranzadi, Navarra, 2009, pág., 297 y ss.

⁵⁴² Aunque la presentación de compromisos por las partes se puede hacer en cualquier fase del procedimiento de evaluación de una concentración, estos cobran verdadera importancia en la segunda fase, cuando son planteados como solución a los problemas concretos de competencia que han sido identificados por la Comisión. *Vid.* ORTIZ BLANCO, Luis; MAÍLLO GONZÁLEZ-ORUS, Jerónimo; IBAÑEZ COLOMO, Pablo y LAMADRID DE PABLO, Alfonso; “*Manual de Derecho de.....*”, *ob cit*, pág. 330; considerando 30, apartado 2 del artículo 6 y apartado 2 del artículo 8, del Reglamento (CE) 139/2004 y la Comunicación de la Comisión, relativa a las soluciones admisibles con arreglo al Reglamento (CE) no 139/2004 del Consejo y al Reglamento (CE) no 802/2004, publicada en el DOUE C 267, de 22 de octubre de 2008, pág. 1-27 y disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:267:0001:0027:ES:PDF>.

Estas condiciones de competencia deseables se dirigen, entre otras, a minimizar los efectos de barreras de entrada así como a fomentar las condiciones adecuadas para los intercambios internacionales de electricidad. Al mismo tiempo, se pretende que exista una mayor transparencia en el sector, que se reduzcan las estructuras industriales altamente concentradas, que se garantice el acceso de terceros a las redes e infraestructuras, que se refuercen las redes de interconexión internacional y que el usuario tenga libertad práctica en la selección del suministrador y conozca las ventajas del proceso de liberalización.

4.3. La prevención de la formación de estructuras industriales anticompetitivas en los mercados de la industria eléctrica.

La evaluación de las concentraciones empresariales en el sector eléctrico comunitario, ha estado orientada por el propósito de mantener una estructura de mercado que permita unas condiciones de competencia aceptables, teniendo en cuenta que estos mercados son artificialmente recreados y que la estructura industrial del sector del gas y la electricidad tiende a caracterizarse por la existencia de escasas empresas de grandes dimensiones, que compiten en el mercado⁵⁴³.

En este sentido, en estas operaciones, el criterio general de la Comisión Europea ha sido evitar que, como consecuencia de estas concentraciones, se formen estructuras

⁵⁴³ Esta estructura industrial se conoce como estructura concentrada o estructura industrial concentrada. Tal denominación se debe a la existencia, en determinado sector económico, de escasas empresas competidoras que -en consecuencia- tienen la capacidad para fijar, en mayor o en menor grado, los precios de sus productos en el mercado. Esta capacidad para fijar los precios se conoce como poder monopolístico, y cuanto más concentrado sea un mercado, mayor será la capacidad de ejercer este poder por parte de las empresas competidoras existentes. *Vid.* BRAMBILA, Héctor Viscencio; *"Economía para la Toma de Decisiones"*, Editorial Thomson Paraninfo, México, 2002, pág. 299.

industriales anticompetitivas (bien sean en forma de oligopolios o duopolios)⁵⁴⁴. De esta manera, la autoridad comunitaria ha buscado hacer compatible los efectos de la operación, con el grado de competencia deseado (y posible) en el mercado eléctrico afectado, bien sea el mercado de producción de electricidad, distribución y/o suministro, comercialización, etc⁵⁴⁵.

Este trabajo de la autoridad comunitaria, se encuentra reflejado específicamente en determinados tipos de concentraciones empresariales del sector eléctrico, que estudiamos a continuación⁵⁴⁶:

4.3.1. Concentraciones empresariales ejecutadas en el mismo mercado de producto y en el mismo mercado geográfico.

⁵⁴⁴ Un mercado concentrado puede estar estructurado bajo un modelo en el que una empresa no tiene competidores en el mercado (monopolio) o bajo un modelo en el que solamente existe un número pequeño de empresas competidoras (oligopolio). El duopolio, la existencia solamente de dos empresas competidoras en un mercado, puede ser considerado como una especie de oligopolio. *Ibid.* pág. 318.

⁵⁴⁵ El grado de complejidad de esta tarea es mayor si se tienen en cuenta las dificultades que en materia de fomento de la competencia, comporta la estructura industrial del sector eléctrico. Barreras de entrada como los altos costos de inversión (que en ocasiones, buena parte de ellos son costos hundidos, es decir no recuperables), los complejos trámites administrativos, los largos periodos de recuperación de las inversiones, etc., hacen que la industria eléctrica se caracterice por su tendencia a tener una estructura industrial oligopólica. Además, hay que tener presente, como ya hemos explicado en este trabajo, que las actividades de distribución y transporte de electricidad son actividades económicas en régimen de monopolio. Respecto a lo que se debe entender por “barreras de entrada”, el Tribunal de Defensa de la Competencia Español (hoy Comisión Nacional de Competencia) definió este concepto como “...todas aquellas dificultades y costes que desalientan o directamente imposibilitan la entrada de nuevos operadores en un determinado mercado...”. Cfr. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, Informe sobre el Expediente de Concentración C95/05, *Gas Natural/ENDESA*, 2005, pág. 168.

⁵⁴⁶ Para la elaboración de los siguientes dos apartados nos hemos apoyado en la clasificación elaborada por FAULL y NIKPAY, que refleja la capacidad que tienen estas concentraciones de alterar la estructura industrial competitiva del sector. *Vid.* FAULL, Jonathan y NIKPAY, Ali; *ob cit*, pág. 1465.

Una fusión o una adquisición de una empresa competidora en el mismo mercado de producto y en el mismo mercado geográfico, puede conducir, especialmente en el mercado de la electricidad, a la eliminación de un competidor actual o potencial. Esta eliminación -naturalmente- podría alterar la estructura competitiva del sector, teniendo en cuenta la existencia de pocos competidores en estos mercados⁵⁴⁷. Además, los efectos anticompetitivos de la operación serían de mayor entidad si la empresa activa en la concentración ocupa una posición de dominio y, como consecuencia de la operación, esta posición dominante se puede ver reforzada.

A este respecto, a la hora de prevenir el deterioro de las condiciones de competencia deseables en un concreto mercado eléctrico, el criterio de la Comisión ha sido no limitarse a valorar la posición de las partes notificantes después de la concentración, sino también la consideración de los efectos de la operación sobre la posición de terceros competidores, ajenos a las partes notificantes.

La autoridad comunitaria utilizó este razonamiento, en la operación Grupo Villar Mir/EnBW/Hidroeléctrica del Cantábrico. En esta Decisión, la Comisión concluyó que como consecuencia de la concentración, dos empresas ajenas a la operación (Endesa e Iberdrola), reforzarían su poder de mercado en el mercado mayorista de electricidad en España. En consecuencia, la estructura industrial de este mercado, después de ejecutada la concentración por el Grupo Villar Mir y por EnBW, tendría la condición de un duopolio en cabeza de Endesa e Iberdrola⁵⁴⁸; estructura industrial anticompetitiva e

⁵⁴⁷ *Ibidem*

⁵⁴⁸ De hecho, para la Comisión, el mercado mayorista de electricidad en España, ya tenía una estructura industrial bastante concentrada, incluso desde antes de que se le notificase esta operación. *Vid.* Pág. 9 y ss, Decisión de la Comisión de 26 de septiembre de 2001, asunto COMP/M.2434, *Grupo Villar MIR/EnBW/Hidroeléctrica del*

inaceptable en opinión de la Comisión. Aunque la concentración fue aprobada, se sometió a la condición de que se cumpliesen los compromisos presentados por las partes y que resolvían estas objeciones.

Esta posición de la autoridad comunitaria, intensamente debatida, se deriva de los términos de redacción del artículo segundo del Reglamento 139/2004, que le otorga un amplio margen de acción a la hora de valorar los efectos de una concentración, especialmente tratándose de aquellas con efectos en el sector eléctrico⁵⁴⁹. El criterio de evaluación establecido en el citado Reglamento, permite a la Comisión evitar la formación de estructuras industriales que favorezcan prácticas colusorias o el ejercicio

Cantábrico, publicada en el DOUE L 048 de 18 de febrero de 2004, pág. 0086-0110 disponible en http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m2434_es.pdf

⁵⁴⁹ De acuerdo con lo establecido en el artículo 2 del Reglamento 139/2004, la autoridad comunitaria aprueba una concentración empresarial si esta no obstaculiza de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo, en particular, como consecuencia de la creación o refuerzo de una posición dominante. Este criterio de valoración fue justificado en el considerando 25 del Reglamento 139/2004 que, en nuestra opinión, se ajusta apropiadamente a la dinámica de la estructura industrial de los mercados energéticos. En este considerando se establece: “Habida cuenta de las consecuencias que las concentraciones pueden tener en estructuras de mercado oligopolísticas, resulta particularmente necesario preservar la competencia efectiva en estos mercados. Si bien muchos mercados oligopolísticos presentan un elevado grado de competencia, en determinadas circunstancias las concentraciones que implican la desaparición de importantes presiones competitivas que las partes en la concentración ejercían entre sí, así como una reducción de la presión competitiva sobre los competidores restantes, pueden, incluso en ausencia de la probabilidad de coordinación entre los miembros del oligopolio, llegar a ser un obstáculo significativo para la competencia. Sin embargo, los Tribunales comunitarios no han interpretado expresamente, hasta ahora, que el Reglamento (CEE) n° 4064/89 requiera que las concentraciones que dan lugar a estos efectos no coordinados sean declaradas incompatibles con el mercado común. Así pues, y en aras de la seguridad jurídica, debería aclararse que este Reglamento permite un control efectivo de tales concentraciones al establecer que toda concentración que obstaculice de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo, debería declararse incompatible con el mercado común. ...”. *Cfr.* Considerando 25 y apartado 2, Artículo 2, Reglamento (CE) 139/2004, de 20 de enero de 2004, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004R0139:ES:HTML>

anticompetitivo del poder de mercado, consecuencias típicas de estructuras industriales donde existen pocos competidores y que podrían ser potencialmente anticompetitivas⁵⁵⁰.

La situación anteriormente descrita, es propia de operaciones de concentración en las cuales participan empresas competidoras en las actividades de distribución y suministro de electricidad, sectores que tradicionalmente han tenido una estructura industrial bastante concentrada y cuyo análisis ha sido abordado por la autoridad comunitaria con especial cuidado⁵⁵¹.

En efecto, para la Comisión, las concentraciones entre empresas que operan en el sector de la distribución y suministro de electricidad, y en el interior de un mismo mercado

⁵⁵⁰ Estas consecuencias se derivan de características propias de los sectores energéticos como el reducido número de oferentes, la concentración horizontal, la inelasticidad de la demanda (es decir el incremento del precio no altera sustancialmente su demanda por parte de los usuarios), las barreras de entrada, la estandarización del producto, etc. *Vid.* ARIÑO, Gaspar y LOPEZ DE CASTRO GARCIA MORATO, Lucia; *Derecho de la Competencia en....*, *ob cit*, pág. 208 y 209.

⁵⁵¹ Las empresas activas en estos sectores, antes de los procesos de liberalización, operaban en áreas de servicio exclusivo y en consecuencia, disfrutaban de posiciones casi monopolísticas en sus zonas de influencia. Además, vale la pena resaltar que antes de que tuviesen efecto las medidas tendentes a liberalizar los mercados energéticos en Europa, la dimensión del mercado geográfico afectado en determinadas operaciones de concentración, era de carácter regional, precisamente, por la existencia tradicional de estas áreas de suministro exclusivo. Esta situación se presentaba con frecuencia en operaciones de concentración que involucraban las actividades de distribución y suministro de electricidad. *Vid.* Operaciones de Concentración *VEBA/VIAG*, Decisión de la Comisión de 13 de junio de 2000, COMP/M. 1673, publicada en el DOUE L 188 de 10 de julio de 2001, pag.1-52, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001D0519:EN:HTML>; *EDF/EnBW*, Decisión de la Comisión de 7 de febrero de 2001, caso COMP/M.1853, publicada en el DOUE L 059 de 28 de febrero de 2002, pág. 1-17 y disponible en http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases/decisions/m1853_20010207_600_es.pdf; o *EnBW/ENI/GVS*, Decisión de la Comisión de 17 de diciembre de 2002, caso COMP/M. 2822, publicado en el DOUE L 248 de 30 de septiembre de 2003, pág. 51-61 y disponible en http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m2822_20021217_600_es.pdf

geográfico, pueden derivar en la formación de oligopolios o duopolios, con la suficiente capacidad de obstaculizar la competencia efectiva en los mercados afectados por la concentración. Esta posibilidad, que se materialice la capacidad de lesionar la competencia efectiva, es lo que pretende evitar la Comisión a la hora de evaluar estas operaciones, procurando mantener una estructura industrial competitiva.

En este sentido, en la operación VEBA/VIAG, el análisis de la autoridad comunitaria se centró en poner de manifiesto que, como consecuencia de la operación, existía la posibilidad de que se consolidara (involuntariamente) un duopolio en el mercado alemán de suministro de electricidad en interconexión⁵⁵², entre RWE/VEW y la empresa resultante de la operación VEBA/VIAG. Esta posibilidad podía materializarse con facilidad en la práctica, teniendo en cuenta el alto grado de concentración industrial del sector eléctrico alemán⁵⁵³, que obedecía -como en muchos otros casos- a razones históricas relativas a la estructura de la industria⁵⁵⁴.

⁵⁵² En el sector del gas, un ejemplo de este tipo de operaciones fue el caso *Exxon/Mobil* (Decisión de la Comisión de 29 de septiembre de 1999, caso IV/M.1383, publicada en el DOUE C 102 de 28 de abril de 2004, pág. 29 -30 y disponible en http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m1383_19990929_600_es.pdf

⁵⁵³ En la actualidad, según el criterio de la Comisión Europea, el mercado eléctrico alemán y el mercado eléctrico español conservan una estructura industrial oligopolista. En Francia, para la autoridad comunitaria, el mercado eléctrico está dominado de forma individual por un solo agente, y solo se puede predicar la condición de mercado eléctrico relativamente competitivo en el caso del Reino Unido. Cfr. CALVIÑO, Nadia, "*Principales retos de los mercados energéticos europeos desde la perspectiva de la defensa de la competencia*", Dirección General de Competencia, Comisión Europea; presentación realizada en el ciclo de conferencias: "La Energía y su Regulación", Comisión Nacional de Energía, Madrid, 25 Marzo, 2008, diapositiva 4, disponible en http://www.cne.es/cne/doc/jornadas/20080325_CNE.pdf

⁵⁵⁴ Esto es: la existencia durante mucho tiempo de áreas de servicio exclusivo.

4.3.2. Concentraciones empresariales ejecutadas en diferentes mercados de producto y en el mismo mercado geográfico.

Según la Comisión, son susceptibles de alterar la estructura industrial competitiva del sector del gas y la electricidad, aquellas concentraciones entre empresas asentadas en el mismo mercado geográfico y que operan en los mercados de producción, distribución y suministro de electricidad, y en los mercados de distribución y suministro de gas. Este es el caso de concentraciones en las que las partes pretenden consolidarse como empresas *multiutilities* (caso ENI/EDP/GDP)⁵⁵⁵.

De acuerdo con el criterio de la autoridad comunitaria, en este tipo de concentraciones, las preocupaciones en materia de competencia surgen cuando un operador dominante en el sector del gas planea una concentración con un operador dominante en el sector eléctrico, o viceversa⁵⁵⁶. En una concentración de estas características, cobran una importancia fundamental, los efectos de la operación sobre los competidores actuales o potenciales de las empresas participantes en la concentración y que operan en el mismo mercado geográfico⁵⁵⁷.

⁵⁵⁵En general, en aquellos casos en los cuales una empresa con posición dominante en el sector del gas, pretende llevar a cabo una operación de concentración con un operador dominante en el sector eléctrico, o viceversa, y ambas empresas tienen presencia en el mismo mercado geográfico, surgen preocupaciones sobre sus efectos en materia de competencia.

⁵⁵⁶ Estos casos deben tenerse muy en cuenta en la actualidad, ya que hoy en día, como ya habíamos destacado, el sistema de producción de electricidad más generalizado -especialmente por su eficiencia energética- son las centrales de producción de ciclo combinado.

⁵⁵⁷ Vid. FAULL, Jonathan y NIKPAY, Ali; *ob cit*, pág. 1470.

Así las cosas, en estos casos -por ejemplo- los productores de electricidad que utilizan el gas como combustible, deben confiar en los suministros de gas de su competidor organizado como empresa *multiutility* y, por ende, existiría la posibilidad de que esta empresa, abusara de su posición de dominio, incrementando los costos del gas a sus competidores: los productores de electricidad.

Del mismo modo, una concentración de esta naturaleza también puede afectar la estructura industrial del sector y el grado de competencia deseado en ella, al no existir los incentivos suficientes para que los competidores potenciales de la empresa *multiutility*, entraran en el mercado -fundamentalmente- debido al elevado poder de mercado de la nueva empresa *multiutility*. El mismo efecto se podría predicar sobre los competidores activos, quienes tampoco encontrarían incentivos para expandir sus infraestructuras o hacer nuevas inversiones en las infraestructuras existentes ⁵⁵⁸.

Por otra parte, tratándose de operaciones de concentración en las cuales se encuentra involucrada la actividad de transporte de electricidad, una concentración empresarial que afecta la capacidad de intercambios comerciales de las líneas de transporte y el uso de esta capacidad por parte de las empresas propietarias de estas infraestructuras, puede tener consecuencias sobre su estructura industrial y sobre el grado de apertura de estas redes a terceros.

En estas situaciones, la posición de la Comisión ha sido exigir a los propietarios de las redes de transporte, el compromiso de expandir la capacidad de interconexión internacional y/o reservar porcentajes de capacidad de estas líneas para terceros, con el propósito de fomentar la entrada de nuevos competidores en el mercado, favorecer el incremento de los intercambios internacionales de electricidad, etc.

⁵⁵⁸ *Ibidem*.

En este sentido, en la operación Grupo Villar Mir/EnBW/Hidroeléctrica del Cantábrico, la Comisión exigió, como condición para la aprobación de la concentración, que se mantuviesen los trabajos de aumento de capacidad de interconexión internacional en la red de transporte España-Francia. Esta exigencia tenía la finalidad de que se mantuviese cierto grado de apertura del mercado español para nuevos competidores, al menos desde el punto de vista técnico, y, por otra parte, se buscaba evitar la consolidación de la posición de dominio que -en aquel momento- tenían los operadores dominantes en el mercado español ⁵⁵⁹.

Por último, en casos en los cuales una concentración involucra la construcción de nuevas redes de transporte -en términos generales- no existen mayores consecuencias respecto a la alteración de la estructura industrial de este sector, en particular, cuando hacemos referencia a la eliminación de competidores actuales o potenciales. Esta circunstancia obedece, como ya lo hemos explicado previamente, a que el transporte de electricidad es un monopolio natural y, en consecuencia, la construcción de redes paralelas de transporte tiene una connotación anticompetitiva.

4.4. Apoyo a la consolidación de un mercado eléctrico liberalizado.

El control comunitario de concentraciones empresariales, es un instrumento de apoyo útil para superar las dificultades del proceso de liberalización del sector energético europeo; dificultades como la insuficiente capacidad de las conexiones transfronterizas, las

⁵⁵⁹ Vid. Decisión de la Comisión de 26 de septiembre de 2001, asunto COMP/M.2434, *Grupo Villar MIR/EnBW/Hidroeléctrica del Cantábrico*, publicada en el DOUE L 048 de 18 de febrero de 2004, pág. 0086-0110 disponible en http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m2434_es.pdf

restricciones de acceso de terceros a las redes, el mantenimiento de barreras de entrada, la resistencia a la separación contable, jurídica y funcional de actividades, entre otros⁵⁶⁰.

En efecto, la importancia de apoyar el proceso de liberalización vía control de concentraciones, ha sido un objetivo específicamente consagrado en el informe final, preparado por la Comisión, sobre el funcionamiento de los mercados de la electricidad y del gas en la UE y sus condiciones de competencia⁵⁶¹. La motivación de esta investigación, radicaba en identificar las áreas en las que aún se presentaban dificultades en materia de competencia en el sector energético europeo y formular estrategias que ayudaran a superar estas dificultades⁵⁶².

En este orden de ideas, la aplicación de la normativa comunitaria en materia de control de concentraciones, forma parte de una estrategia dirigida a fomentar la apertura de los mercados energéticos europeos y el aumento de su competitividad. Esta estrategia se sustenta en el uso de los poderes que tiene la Comisión en materia de Derecho Comunitario de la Competencia, es decir, la aplicación de los artículos 101, 102 y 106 del

⁵⁶⁰ Vid. CAMERON, Peter ; *"Competition in Energy Markets"*, Editorial Oxford University Press, Segunda Edición, Oxford, 2007, pág. 369.

⁵⁶¹ Vid. Comunicación de la Comisión de 10 de enero de 2007, "Investigación de conformidad con el artículo 17 del Reglamento (CE) n° 1/2003 en los sectores europeos del gas y la electricidad (Informe final)", COM/2006/0851 final, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2006:0851:FIN:ES:HTML>

⁵⁶² Dificultades que en materia de competencia en el sector eléctrico también son puestas de relieve por la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (OECD), en el artículo "Competition Issues in the Electricity Sector", en: *Journal of Competition Law and Policy*, OECD publications centre, volumen 6, número 4, París, 2005, pág. 81-180. Estas dificultades también son expuestas, teniendo en cuenta las acciones de la Comisión Europea que buscan impulsar la liberalización del sector, en el trabajo de ZIMMERMANN, Charles y TALUS, Kim; "Regulation of Electricity Markets at EU Level", en: *European Energy and Environmental Law Review*, Editorial Kluwer Law International, volumen 17, número 1, febrero, Leuven, 2008.

TFUE, del Reglamento 139/2004 y de los artículos 107 y 108 del TFUE, que se ocupan del control de las ayudas de estado⁵⁶³.

Pues bien, mediante la aplicación del Reglamento 139/2004 y de todos los reglamentos, directrices y comunicaciones que lo desarrollan y/o interpretan, la autoridad comunitaria pretende que se mantengan unos determinados niveles de competencia, específicamente deseados para la realidad de determinado mercado eléctrico, y que podrían verse afectados como consecuencia de una concentración⁵⁶⁴.

En este sentido, GARAYAR sostiene que la aplicación de la política de competencia en el sector energético tiene como finalidad alcanzar tres objetivos: (i) garantizar la libre elección de suministrador por parte del consumidor (competencia desde la perspectiva de la demanda); (ii) garantizar la pluralidad de operadores en los mercados (competencia desde la perspectiva de la oferta), y (iii) garantizar un acceso equitativo a las

⁵⁶³ El otro aspecto de la estrategia de la Comisión se centra en reforzar el marco regulador del sector eléctrico, mediante las siguientes propuestas: Dotar de mayores poderes a los reguladores nacionales independientes, reforzar la cooperación entre los gestores de redes de transporte, mejorar la coordinación entre los reguladores y trabajar en la búsqueda de una regulación coherente en temas transfronterizos. *Vid.* Apartado 57, Comunicación de la Comisión de 10 de enero de 2007, “Investigación de conformidad con el artículo 17 del Reglamento (CE) n° 1/2003 en los sectores europeos del gas y la electricidad (Informe final)”, COM/2006/0851 final, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2006:0851:FIN:ES:HTML>

⁵⁶⁴ Como puede suceder en aquellos casos en los cuales las empresas que participan en la operación tienen un alto poder de mercado derivado de previas estructuras industriales monopolistas u oligopolistas. En palabras de la Comisión, “....El poder de mercado de los monopolios existentes antes de la liberalización se mantiene intacto. Esto hace que sea esencial la acción comunitaria, conforme al reglamento sobre operaciones de concentración, a fin de garantizar que la estructura competitiva de los mercados de referencia (que actualmente son como mucho de alcance nacional) no se deteriore más”. *Cfr.* Apartado 42, Comunicación de la Comisión de 10 de enero de 2007, “Investigación de conformidad con el artículo 17 del Reglamento (CE) n° 1/2003 en los sectores europeos del gas y la electricidad (Informe final)”, COM/2006/0851 final, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2006:0851:FIN:ES:HTML>

infraestructuras básicas y su neutralidad en términos de competencia (mantenimiento de condiciones equiparables de mercado).

Para el autor, el control comunitario de concentraciones coadyuva, únicamente, a garantizar la pluralidad de operadores en los mercados. Aunque coincidimos en que el control comunitario de concentraciones, de manera directa, ayuda a mantener unas determinadas condiciones de competencia deseadas desde la perspectiva de la oferta, en nuestra opinión, también puede contribuir, de forma directa, a garantizar un acceso equitativo y neutral a las infraestructuras básicas, por ejemplo, a través de los compromisos que pueden presentar las partes en el proceso de control⁵⁶⁵.

Por otra parte, la búsqueda de nuevos mercados, por parte de las empresas energéticas europeas, ha sido una práctica recurrente una vez que se inició la liberalización del sector. Esta estrategia corporativa se ha materializado a través de la ejecución de concentraciones empresariales. De ahí la importancia de su control y que éste se enmarque dentro del proceso de liberalización que se adelanta en el sector.

A este respecto es necesario destacar que se pueden identificar dos “oleadas” de concentraciones en el sector energético europeo. La primera de ellas durante el periodo 1998-2003, en el contexto de las primeras Directivas de liberalización del gas y la electricidad; y el segundo periodo a partir del año 2004 hasta la actualidad, enmarcado por el contexto del segundo paquete normativo de liberalización. Así las cosas, es posible esperar una intensa actividad en materia de concentraciones en el sector cuando entren en vigor las normas que integran el tercer paquete de liberalización⁵⁶⁶.

⁵⁶⁵ Vid. GARAYAR, Emiliano; “Control de Concentraciones en el Sector de.....”, *ob cit*, pág.130-131.

⁵⁶⁶ Vid. CAMERON, Peter ; “*Competition in Energy Markets*”, *ob cit*, ,pág. 368

Ahora bien, en los casos que la autoridad nacional es competente para evaluar una concentración en el sector eléctrico, el fomento del proceso de liberalización del sector energético europeo pierde protagonismo y entran en juego otros tipos de intereses, tal y como veremos en el siguiente capítulo.

CAPITULO III

CONCENTRACIONES EMPRESARIALES EN EL SECTOR ELECTRICO ESPAÑOL

1. El Control de concentraciones en la Ley de Defensa de la Competencia.

1.1. Concepto de concentración.

Según el artículo 7.1 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC), se entenderá que se produce una concentración económica “cuando tenga lugar un cambio estable del control de la totalidad o parte de una o varias empresas”, como consecuencia de una fusión, de una adquisición de control o de la creación de una empresa en participación⁵⁶⁷.

Los términos de este concepto de concentración son similares a la redacción del artículo 3.1. y 3.4. del Reglamento Comunitario de Concentraciones⁵⁶⁸, ya que una de las razones

⁵⁶⁷ Cfr. Artículo 7.1., Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, publicada en el Boletín Oficial del Estado (BOE) núm. 159 de 4 de julio de 2007, pág. 28848–28872, disponible en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/I15-2007.html. Esta ley derogó la anterior Ley de Defensa de la Competencia, la Ley 16/1989, de 17 de julio (BOE núm. 170, de 18 de julio de 1989) y ha reformado el sistema español de defensa de la competencia, incluyendo en la reforma aspectos de carácter sustantivo, institucionales y procesales. Vid. MARCOS, Francisco y SÁNCHEZ GRAELLS, Albert; “El Control de Concentraciones en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia”; en: *Derecho de la Competencia*, Editorial La Ley, Madrid, 2008, pág. 96 y 97.

⁵⁶⁸ El artículo 3.1. dispone: “Definición de concentración: 1. Se entenderá que se produce una concentración cuando tenga lugar un cambio duradero del control como consecuencia de: a) la fusión de dos o más empresas o partes de empresas anteriormente independientes, o b) la adquisición, por una o varias personas que ya controlen al menos una empresa, o por una o varias empresas, mediante la toma de participaciones en el capital o la compra de elementos del activo, mediante contrato o por cualquier otro medio, del control directo o indirecto sobre la totalidad o partes de una o varias otras empresas”. Por su parte, el artículo 3.4. establece: “La creación de una empresa en

para promulgar la nueva LDC era disponer de una norma que incorporase todos los avances de la normativa comunitaria de concentraciones⁵⁶⁹.

Ahora bien, el concepto de concentración de la LDC gira en torno al cambio en el control en la totalidad de una empresa, en la totalidad de varias empresas, en parte de una empresa o en parte de varias empresas⁵⁷⁰. Asimismo, una característica adicional necesaria en el cambio de control, es que sea un cambio de carácter estable; es decir, que sea un cambio duradero, con vocación de permanencia⁵⁷¹.

participación que desempeñe de forma permanente todas las funciones de una entidad económica autónoma constituirá una concentración en el sentido de la letra b) del apartado 1.” *Cfr.* Artículos 3.1. y 3.4. Reglamento 139/2004, de 20 de enero de 2004, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004R0139:ES:HTML>.

⁵⁶⁹ Así se recoge en el título I del Preámbulo de la LDC: “En este marco, la presente Ley tiene por objeto la reforma del sistema español de defensa de la competencia para reforzar los mecanismos ya existentes y dotarlo de los instrumentos y la estructura institucional óptima para proteger la competencia efectiva en los mercados, teniendo en cuenta el nuevo sistema normativo comunitario....”. *Cfr.* Título I, Preámbulo de la Ley 15/2007, de 3 de julio, disponible en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/115-2007.html. La necesidad de adaptación a la normativa comunitaria de control de concentraciones había sido puesta de relieve en el “Libro Blanco para la Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia”. En este trabajo, se resaltó la necesidad de mejorar la definición del ámbito de control de concentraciones, reforzar la independencia en la toma de decisiones, perfeccionar los instrumentos de análisis y decisión, y reforzar la eficacia y transparencia del procedimiento de control. *Vid.* MINISTERIO DE ECONOMIA Y HACIENDA, “Libro Blanco para la Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia”, editado por el Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 2005, pág. 59 y ss.

⁵⁷⁰ En punto a lo que se debe entender por empresa, la propia LDC define este concepto, a efectos de aplicación de la normativa de concentraciones, como “cualquier persona o entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación”. *Cfr.* Apartado primero de la disposición adicional cuarta, Ley 15/2007, de 3 de julio, disponible en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/115-2007.html

⁵⁷¹ *Vid supra.* Apartado 2.2.2.1. del segundo capítulo así como apartado 28, Comunicación Consolidada de la Comisión, 10 de julio de 2007, sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia, no publicada en el DOUE. Disponible en <http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/legislation/es.pdf>

Sobre la base de lo anteriormente expuesto, el criterio mediante el cual se determina la existencia de un control estable en la totalidad o en parte de una(s) empresa(s), radica en la posibilidad de influir de manera decisiva en la empresa, criterio inspirado en los artículos 3.2. y 3.3. del Reglamento Comunitario 139/2004⁵⁷².

En efecto, el artículo 7.2. de la LDC, establece que el control de una empresa puede derivar de “contratos, derechos o cualquier otro medio que, teniendo en cuenta las circunstancias de hecho y de derecho, confieran la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre una empresa”⁵⁷³. A nuestro entender, esta posibilidad de influencia dependerá, según el caso, de las características de la operación de concentración y del régimen societario de las empresas participantes⁵⁷⁴.

En este sentido, para la Comisión Nacional de Competencia (CNC)⁵⁷⁵, la posibilidad de ejercer una influencia decisiva en la empresa “depende de la dispersión de las

⁵⁷² Cfr. Artículos 3.2. y 3.3. Reglamento 139/2004, de 20 de enero de 2004, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004R0139:ES:HTML> y apartado 2.2.2 del capítulo segundo del presente trabajo.

⁵⁷³ Cfr. Artículo 7.2. de la Ley 15/2007, de 3 de julio, disponible en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/115-2007.html

⁵⁷⁴ En la doctrina española, las implicaciones de la modificación estructural de una sociedad ha sido un tema abordado, desde la perspectiva del Derecho de sociedades, por ALONSO LEDESMA, Carmen; “Modificación Estructural”, en: *Diccionario de Derecho de Sociedades*, Editorial Iustel, Madrid, 2006, pág. 780-781.

⁵⁷⁵ En la nueva LDC, se pasa de un sistema institucional dual de defensa de la competencia (Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) y Servicio de Defensa de la Competencia (SDC)), a un sistema institucional único: la Comisión Nacional de la Competencia (CNC). La CNC, está compuesta, a su vez, por el Presidente de la Comisión Nacional de la Competencia, la Dirección de Investigación (anterior SDC), que se constituye como un organismo de instrucción y el Consejo de la Comisión Nacional de Competencia (anterior TDC), organismo de resolución o de

participaciones en el capital social, los estatutos de la sociedad, los pactos entre accionistas y la propia realidad de las votaciones en los órganos de gobierno de la empresa”⁵⁷⁶.

Ahora bien, a modo de ejemplo -según la LDC- el control de una empresa, entendido como la posibilidad de ejercer una influencia decisiva en ella, puede derivarse de derechos de propiedad o de uso sobre la totalidad o sobre parte de los activos empresariales. También se puede derivar de contratos, derechos o de cualquier otro medio que permita influir decisivamente sobre la composición, deliberaciones o decisiones de los órganos de una empresa⁵⁷⁷.

De la misma manera, también se considera que existe control por parte de una empresa, en los supuestos del artículo 4 de la Ley 24/1988 del Mercado de Valores⁵⁷⁸, que hacen referencia a la definición de grupo de sociedades y que a su vez remite al artículo 42 del Código de Comercio. Según esta última disposición, “se considerarán pertenecientes a un mismo grupo, las entidades que constituyan una unidad de decisión porque alguna de ellas ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de las demás, o porque

decisión y que es el encargado de la aprobación de las concentraciones empresariales. *Vid.* “La Nueva Ley de Defensa de la Competencia, Ley 15/2007”, Documento publicado por LUPICINIO EVERSHEDES, 25 de julio de 2007, disponible en <http://www.evershedslupicinio.com/default.aspx> y título III de la Ley 15/2007, de 3 de julio, disponible en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/115-2007.html

⁵⁷⁶ *Cfr.* Resolución de la CNC de 25 de octubre de 2007, expediente C-0007/07, *BAGOETA/TUBOS REUNIDOS*, disponible en <http://www.cncompetencia.es/Default.aspx?TabId=116>.

⁵⁷⁷ *Vid.* Letras a y b, artículo 7.2. de la Ley 15/2007, de 3 de julio, disponible en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/115-2007.html

⁵⁷⁸ *Vid.* Artículo 4, Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, publicada en el BOE núm. 0181, de 29 de Julio 1988. Disponible en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Fiscal/124-1988.t1.html#c1

dicho control corresponda a una o varias personas físicas que actúen sistemáticamente en concierto”⁵⁷⁹.

Por su parte, la existencia de una unidad de decisión se puede probar mediante presunciones cuando la sociedad dominante sea socio de otra sociedad y concurran las siguientes circunstancias:

- Que la sociedad dominante posea la mayoría de los derechos de voto.
- Que la sociedad dominante tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.
- Que la sociedad dominante pueda disponer de la mayoría de los derechos de voto en virtud de acuerdos celebrados con otros socios o que haya designado exclusivamente con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración.

Del mismo modo, se presume que existe unidad de decisión, cuando al menos la mitad más uno de los consejeros de la empresa dominada sean consejeros o altos directivos de la empresa dominante, o de otra empresa dominada por ésta⁵⁸⁰.

⁵⁷⁹ Vid. Artículo 42, Código de Comercio de 1885, publicado en la Gaceta núm. 289 a 328, de 16 octubre de 1885 a 24 noviembre de 1885, disponible en http://constitucion.rediris.es/legis/1885/11885-08-22/11885-08-22_indice.html y BELLO MARTIN-CRESPO, María Pilar; “Control de Concentraciones de Empresas”, en: *Derecho de la Libre Competencia.....*, ob cit, pág.392.

⁵⁸⁰ Vid. MARCOS, Francisco y SÁNCHEZ GRAELLS, Albert; “El Control de Concentraciones en”, ob cit, pág.102-103.

Por último, hay que tener en cuenta que el concepto de concentración establecido en la LDC, al igual que el concepto de la normativa comunitaria, es un concepto amplio, integrado por diferentes elementos, a saber: el concepto de cambio de control, la duración del control y las operaciones de las cuales se puede derivar este cambio en el control de una empresa. En este sentido, en los apartados 1 y 2 del artículo 7 de la LDC, se establecen los casos y las condiciones necesarias, para que pueda aplicarse la LDC, a efectos de control de una concentración.

En suma, podemos afirmar que, en términos generales, el concepto de concentración en la LDC se centra en la existencia de un cambio estable en la estructura de control de una empresa, bien sea por circunstancias *de iure* o *de facto*, y como consecuencia de una operación de fusión, adquisición, o por la creación de empresas en participación con plenas funciones, bien sean de carácter concentrativo o cooperativo⁵⁸¹.

1.2. Excepciones al concepto de concentración.

Después de haber delimitado positivamente el concepto de concentración, la LDC también delimita este concepto desde una perspectiva negativa. En este sentido, en la LDC se incluyen una serie de actividades que, a pesar de que puedan ajustarse al concepto de concentración, es decir, pese a que puedan cumplir los criterios que

⁵⁸¹ En la nueva LDC se incluyen en el concepto de concentración todas las empresas en participación con plenas funciones, especialmente, las de carácter cooperativo, que en la Ley 16/1989 no eran consideradas concentraciones empresariales. Vid. ORTIZ BLANCO, Luis; MAÍLLO GONZÁLEZ-ORUS, Jerónimo; IBAÑEZ COLOMO, Pablo y LAMADRID DE PABLO, Alfonso; “Manual de Derecho de.....”, *ob cit*, pág. 335; DE LAS MULAS BAEZA, Reyes Martín, “El Concepto de Concentración y la Atribución de Competencias a la Luz de la Nueva Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia y la Normativa Comunitaria”, en: *Derecho de la Competencia Europeo y Español*, Volumen VIII, Editorial Dykinson, Madrid, 2008, pág. 268 y título II del Preámbulo de la Ley 15/2007, de 3 de julio, disponible en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/115-2007.html

determinan la existencia de un cambio estable de control⁵⁸², no son consideradas como concentraciones a efectos de su control⁵⁸³. Estos supuestos son:

- La redistribución de valores o activos entre empresas de un mismo grupo.
- La tenencia temporal de participaciones en una empresa para su reventa y que hayan sido adquiridas por una entidad de crédito, otro tipo de entidad financiera o una compañía de seguros. Esta actividad no es considerada una concentración si el giro ordinario de los negocios de estas empresas, incluye la transacción y negociación de títulos por cuenta propia o por cuenta de terceros. Además, es necesario que los derechos de voto inherentes a esas participaciones no se ejerzan con el propósito de determinar el comportamiento competitivo de la empresa, preparar la realización de la totalidad o parte de la empresa, de sus activos o la realización de las participaciones. Asimismo, la reventa de estas participaciones se debe producir en el plazo de un año desde la fecha de la adquisición.
- Las operaciones realizadas por sociedades de participación financiera que adquieran, con carácter temporal participaciones en otras empresas, siempre y cuando los derechos de voto inherentes a las participaciones sólo sean ejercidos

⁵⁸² Vid. MARCOS, Francisco y SÁNCHEZ GRAELLS, Albert; “El Control de Concentraciones en”, *ob cit*, pág. 103.

⁵⁸³ Vid. Artículo 7.3. de la Ley 15/2007, de 3 de julio, disponible en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/115-2007.html

para mantener el valor de las inversiones y no para determinar el comportamiento competitivo de dichas empresas⁵⁸⁴.

- La adquisición de control por una persona en virtud de un mandato conferido por autoridad pública de acuerdo a la normativa concursal.

Respecto a la consagración de estos supuestos en la LDC, es importante tener en cuenta tres consideraciones. La primera de ellas concierne a que su redacción se inspira en los términos del artículo 3.5. del Reglamento Comunitario de Concentraciones, según la intención del legislador español de tener una Ley basada en la normativa comunitaria.

En segundo lugar, el apartado a) del artículo 7.3. de la LDC, incluye expresamente, como actividades que no deben ser consideradas concentraciones, los casos de redistribución de valores o activos entre empresas de un mismo grupo; es decir, las situaciones de “reestructuración interna de empresas dentro de un grupo”⁵⁸⁵. Esta actividad no es mencionada en el Reglamento Comunitario de control de concentraciones, pero si es

⁵⁸⁴ Este apartado se refiere a sociedades de participación financiera, cuyo único objeto es la adquisición de participaciones en otras empresas, así como la gestión y la revalorización de estas participaciones, sin que se involucren directa o indirectamente en la gestión de estas empresas. Este concepto debe entenderse sin perjuicio de los derechos que las sociedades de participación financiera tienen en su condición de accionistas o de socios. *Vid.* Apartado 3, artículo 5, Cuarta Directiva 78/660 de 25 de julio de 1978, publicada en el DOUE L 222 de 14 de agosto de 1978, pág. 11-31. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31978L0660:ES:HTML>

⁵⁸⁵ *Cfr.* BELLO MARTIN-CRESPO, María Pilar; “Control de Concentraciones de Empresas”, en: “*Derecho de la Libre Competencia....., ob cit, pag.393.*

desarrollada en el apartado 51 de la “Comunicación Consolidada de la Comisión sobre Cuestiones Jurisdiccionales en Materia de Competencia”⁵⁸⁶.

En las actividades definidas en el artículo 7.3. LDC, podría presentarse un cambio estable en el control de una empresa, elemento central del concepto de concentración, pero determinadas operaciones son expresamente excluidas de la aplicación de la LDC.

1.3. Tipos de concentración⁵⁸⁷.

El concepto de concentración consagrado en la LDC incluye, siguiendo la legislación comunitaria⁵⁸⁸, un elemento positivo, caracterizado por aquellas operaciones cuya ejecución permite determinar la existencia de una concentración empresarial.

⁵⁸⁶ La Comunicación hace referencia a estas actividades en los siguientes términos: “Con arreglo al Reglamento de concentraciones, el concepto de concentración se limita a cambios en la estructura de control. Una reestructuración interna de un grupo de empresas no constituye una concentración. Esto se aplica, por ejemplo, a los incrementos en las participaciones empresariales que no vayan acompañados de cambios en el control o a operaciones de reestructuración tales como la fusión de una compañía de doble cotización en una única entidad jurídica o una fusión de filiales. Una concentración sólo podrá producirse si la operación provoca un cambio en la naturaleza del control de una empresa y, por tanto, ya no es puramente interna”. Cfr. Apartado 51, Comunicación Consolidada de la Comisión, 10 de julio de 2007, sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:095:0001:0048:ES:PDF>

⁵⁸⁷ En materia de transformación de sociedades en la doctrina española destacamos el trabajo de SÁNCHEZ CALERO, Fernando y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan; “Instituciones de Derecho Mercantil”, Volumen I, Editorial Aranzadi, Navarra, 2008; SÁNCHEZ ALVAREZ, Manuela (Coord.); “Estudios Jurídicos sobre Operaciones de Reestructuración Societaria.”, Editorial Aranzadi, Navarra, 2008; AVILA NAVARRO, Pedro; “Transformaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles. Ley 3/2009”, Editorial Bosch, Barcelona, 2009.

⁵⁸⁸ Vid. Artículo 3.1. del Reglamento 139/2004, de 20 de enero de 2004, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004R0139:ES:HTML>.

En efecto, para que exista una concentración, el cambio duradero en la estructura de control de una o varias empresas, se debe producir como consecuencia de la fusión de dos o más empresas anteriormente independientes, o bien por la adquisición del control por una empresa sobre la totalidad o parte de una o varias empresas, o bien por la creación de una empresa en participación (en este último caso se hace referencia general, a la adquisición del control conjunto sobre una o varias empresas, cuando éstas desempeñen de forma permanente las funciones de una entidad económica autónoma)⁵⁸⁹.

Como quiera que las características generales de estas operaciones ya han sido expuestas en el capítulo segundo de esta tesis⁵⁹⁰, a continuación analizaremos algunas particularidades de estas operaciones, conforme a la legislación española y a la doctrina de la Comisión Nacional de Competencia.

1.3.1. Fusiones.

De acuerdo al criterio de BROSETA PONT y MARTÍNEZ SANZ, desde el punto de vista jurídico, “la fusión es un procedimiento por el cual dos o más sociedades agrupan sus patrimonios y sus socios en una sociedad única, previa extinción de todas las sociedades que se fusionan (creando una sociedad nueva que asuma a todas las preexistentes) o previa disolución de todas menos una (que absorbe a las restantes)”⁵⁹¹.

⁵⁸⁹ Vid. Artículo 7.1. de la Ley 15/2007, de 3 de julio, disponible en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/115-2007.html

⁵⁹⁰ Vid *supra*. Apartados 2.2.a 2.4. Capítulo II del presente trabajo.

⁵⁹¹ Cfr. BROSETA PONT, Manuel y MARTÍNEZ SANZ, Fernando; “Manual de Derecho Mercantil”, Volumen I, Decimoquinta Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2008, pág. 572. En el mismo sentido, de acuerdo a Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, mediante una operación de fusión, dos o más sociedades mercantiles se integran en una única sociedad, mediante la transmisión en bloque de sus patrimonios y se atribuyen a los socios de las sociedades que se extinguen, acciones, participaciones o cuotas de la

En este sentido, las operaciones de fusión pueden ser de dos clases:

- Fusión en una nueva sociedad: Este tipo de fusión implica la extinción de cada una de las sociedades que se fusionan y la transmisión en bloque de los respectivos patrimonios sociales a una nueva entidad, que adquirirá -por sucesión universal- los derechos y obligaciones de las sociedades extinguidas⁵⁹².
- Fusión por absorción: En esta operación, una de las empresas participantes en la fusión adquiere, por sucesión universal, los patrimonios de las otras sociedades participantes en la operación, que desaparecen y pierden de manera definitiva su personalidad jurídica desde el momento de la inscripción de la fusión en el registro mercantil de la sociedad absorbente. En este tipo de fusión, la sociedad absorbente aumenta su capital social con la finalidad de que “los accionistas o socios de las sociedades absorbidas suscriban las nuevas acciones o participaciones y se integren en la sociedad supérstite”⁵⁹³.

sociedad resultante de la fusión. En el mismo sentido *Vid.* Artículo 22, Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, publicada en el BOE núm. 82, de 4 de abril de 2009, pág. 31928 y disponible en <http://www.boe.es/boe/dias/2009/04/04/pdfs/BOE-A-2009-5614.pdf>. La importancia de esta Ley en el ordenamiento jurídico español, es significativa, toda vez que incorpora a la legislación interna la Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital, porque actualiza -acorde a la normativa comunitaria- el régimen jurídico general de la fusión y la escisión y, porque se unifica la normativa nacional sobre transformación de sociedades mercantiles, cuyo régimen, estaba dividido entre la Ley de Sociedades Anónimas y la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

⁵⁹² *Vid.* Artículo 23.1 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, publicada en el BOE núm. 82, de 4 de abril de 2009, pág. 31928 y disponible en <http://www.boe.es/boe/dias/2009/04/04/pdfs/BOE-A-2009-5614.pdf>

Ahora bien, independientemente del tipo de fusión que se pretenda ejecutar, existen una serie de presupuestos necesarios para que se pueda hablar de este tipo de operación. Estos presupuestos son: la transmisión universal de patrimonios, la disolución sin liquidación de las sociedades absorbidas y la integración de los socios o accionistas de las empresas fusionadas con los socios o accionistas de la sociedad de nueva creación o absorbente⁵⁹⁴.

Respecto a la normativa aplicable en caso de una fusión, se aplicará la Ley 3/2009 en el supuesto de que se fusionen dos o más sociedades mercantiles inscritas sometidas a la legislación española. Por su parte, tratándose de una fusión de sociedades mercantiles de distinta nacionalidad, la normativa establece que para determinar la legislación aplicable a la operación, se deben consultar los estatutos de las empresas participantes en la fusión,

⁵⁹³ Cfr. PAREJO BALLESTEROS, Daniel; “La Fusión”, en: *Estudios Jurídicos sobre Operaciones de Reestructuración Societaria*, Editorial Thomson Aranzadi, Navarra, 2008, pág. 72 y Artículo 23.2 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, publicada en el BOE núm. 82, de 4 de abril de 2009, pág. 31928 y disponible en <http://www.boe.es/boe/dias/2009/04/04/pdfs/BOE-A-2009-5614.pdf>. Esta Ley también regula unos supuestos de fusiones especiales, como el caso de la absorción de una sociedad participada al 90%, y las operaciones en las que, de una u otra forma, una sociedad se extingue, transmitiendo en bloque su patrimonio a la sociedad que posee la totalidad de sus acciones, participaciones o cuotas correspondientes. Vid. Artículo 49 a 53 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, publicada en el BOE núm. 82, de 4 de abril de 2009, pág. 31928. Como un ejemplo de este tipo de operaciones, encontramos el expediente de concentración económica ENDESA/IBERDROLA, Informe del Tribunal de Defensa de la Competencia de 10 de enero de 2001, asunto C60/00, disponible en <http://www.cncompetencia.es/Default.aspx?TabId=116> y que será estudiado posteriormente en el presente capítulo.

⁵⁹⁴ Vid. PAREJO BALLESTEROS, Daniel; *ob cit*, pág. 73 y 74. Respecto a la integración de los socios de las empresas fusionadas con los socios de la sociedad de nueva creación o absorbente, el artículo 24.1 de la Ley 3/2009 determina que “los socios de las sociedades extinguidas se integrarán en la sociedad resultante de la fusión, recibiendo un número de acciones o participaciones, o una cuota, en proporción a su respectiva participación en aquellas sociedades”. Cfr. Artículo 24.1 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, publicada en el BOE núm. 82, de 4 de abril de 2009, pág. 31928 y disponible en <http://www.boe.es/boe/dias/2009/04/04/pdfs/BOE-A-2009-5614.pdf>

sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones de la Ley 3/2009, sobre fusiones transfronterizas intracomunitarias y, si procede, del régimen aplicable a las sociedades anónimas europeas⁵⁹⁵.

En efecto, en aquellos casos en los que se fusione una empresa española con una empresa extranjera comunitaria, se deberá estar a lo dispuesto en los artículos 54 a 67 de la Ley 3/2009, así como a lo establecido en la disposición final tercera de la misma ley. Norma que regula, para el caso de las empresas españolas, las fusiones transfronterizas intracomunitarias.

A este respecto, se consideran fusiones transfronterizas intracomunitarias, las fusiones de sociedades de capital constituidas, según la legislación de un Estado parte del Espacio Económico Europeo y cuyo domicilio social, administración central o centro de actividad principal se encuentra dentro de este espacio. En este tipo de fusiones intervienen al menos dos empresas sometidas a la legislación de Estados miembros diferentes y para que se pueda aplicar la Ley 3/2009, una de las sociedades participantes debe estar sujeta a la legislación española⁵⁹⁶.

Por último, respecto de las concentraciones de empresas sin dimensión comunitaria y con efectos en el sector eléctrico español, como ya tendremos la oportunidad de exponer, muchas de ellas también se han llevado a cabo mediante ofertas públicas de adquisición (OPAS), atendiendo a lo consagrado en la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de

⁵⁹⁵ Vid. Artículo 27.1 y 27.2 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, disponible en <http://www.boe.es/boe/dias/2009/04/04/pdfs/BOE-A-2009-5614.pdf>

⁵⁹⁶ Vid. PAREJO BALLESTEROS, Daniel; *ob cit*, pág. 99 y Artículo 54.1 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, disponible en <http://www.boe.es/boe/dias/2009/04/04/pdfs/BOE-A-2009-5614.pdf>

Valores (reformada por la Ley 6/2007, de 12 de abril) y al Real Decreto 1066/2007, de 27 de julio, sobre Régimen de las Ofertas Públicas de Adquisición de Valores⁵⁹⁷.

1.3.2. Adquisiciones de control.

1.3.2.1. Concepto.

Un ulterior supuesto mediante el cual se puede materializar una concentración empresarial a efectos de aplicación de la LDC, son las operaciones de adquisición de control. En este tipo de operaciones, una empresa adquiere el control de la totalidad de una empresa o de la totalidad de varias empresas. También se puede adquirir el control sobre parte de una empresa o sobre partes de varias empresas.

Hay que tener presente que, al igual que ocurre en la legislación comunitaria⁵⁹⁸, la adquisición del control se puede llevar a cabo por un único accionista que determina la estrategia competitiva de la empresa. En este caso, se habla de un “control exclusivo”, supuesto regulado en el apartado b) del artículo 7.1. de la LDC⁵⁹⁹. Ahora bien, el

⁵⁹⁷ Vid. Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, publicada en el BOE núm. 0181 de 29 de julio de 1988; Ley 6/2007, de 12 de abril, de reforma de la Ley 24/1988 del Mercado de Valores, para la modificación del régimen de las ofertas públicas de adquisición y de la transparencia de los emisores, publicada en el BOE núm. 089, de 13 de abril de 2007 y Real Decreto 1066/2007, de 27 de julio, sobre Régimen de las Ofertas Públicas de Adquisición de Valores, publicado en el BOE num. 180, de 28 de Julio 2007, pág. 32829 y disponible en http://www.tesoro.es/doc/SP/legislacion/normativa/decretos/RD_OPAS.pdf

⁵⁹⁸ Vid. Apartado b), artículo 3.1. del Reglamento 139/2004, de 20 de enero de 2004, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004R0139:ES:HTML> y apartado 11 y ss, Comunicación Consolidada sobre Cuestiones Jurisdiccionales en Materia de Competencia, de 10 de julio de 2007, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:095:0001:0048:ES:PDF>.

⁵⁹⁹ Vid. Apartado b) del artículo 7.1. de la Ley 15/2007, de 3 de julio, disponible en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/115-2007.html

supuesto en el cual dos o más accionistas adquieren el control conjunto y determinan la estrategia comercial de una o varias empresas, denominado “control conjunto”, se recoge en el apartado c) del artículo 7.1. de la LDC y será tratado en el próximo apartado.

Por otra parte, en punto a los mecanismos mediante los cuales es posible la adquisición del control, podemos citar la adquisición de participaciones sociales, la adquisición de derechos y obligaciones que se derivan de determinados contratos⁶⁰⁰, y, en general, los medios establecidos en el artículo 2 de la LDC.

En relación a las personas que pueden adquirir el control, es preciso remitirse al capítulo segundo de esta tesis, concretamente al régimen comunitario de concentraciones⁶⁰¹, teniendo en cuenta que la LDC se inspira en la normativa comunitaria. No obstante, tratándose de las personas que pueden adquirir el control, un aspecto que merece la pena destacar respecto a la relación entre la normativa comunitaria de concentraciones y la normativa nacional, es la regulación de los supuestos de adquisición de control por parte de personas físicas.

En efecto, en la LDC no se hace mención expresa alguna a la adquisición de control por parte de particulares, como se hace en la Comunicación Consolidada sobre Cuestiones Jurisdiccionales⁶⁰². En el apartado 12 de la Comunicación, la Comisión Europea aclara puntualmente que “...puede adquirir el control una persona que ya controla (sola o

⁶⁰⁰ Vid. GONZALEZ-DIAZ, Francisco Enrique y CARPI BADIA, Josep María; “La Noción de Concentración Económica.....”, *ob cit*, pág. 657-658.

⁶⁰¹ Vid *supra*. Apartado 2.2.2. del Capítulo II de esta Tesis.

⁶⁰² Vid. BARRANTES, Begoña; “De las Concentraciones Económicas”, en: *Derecho Español de la Competencia (Comentarios a la Ley 15/2007, Real Decreto 261/2008 y Ley 1/2002)*, Tomo I, Editorial BOSCH, Barcelona, 2008, pág. 263.

conjuntamente) al menos una empresa, o un conjunto de personas (que ya controlan otra empresa) y empresas. El término «persona» en este contexto, engloba organismos públicos, entidades privadas y personas físicas. Las adquisiciones de control por parte de personas físicas sólo se considerará que producen un cambio duradero en la estructura de las empresas afectadas, si dichas personas físicas realizan otras actividades económicas por su cuenta o si controlan al menos otra empresa”⁶⁰³.

En este orden de ideas, en España, la Comisión Nacional de Competencia (CNC) se ha pronunciado expresamente sobre los supuestos de adquisición de control por parte de las personas físicas, recogiendo la doctrina comunitaria anteriormente mencionada. En el informe del Servicio de Defensa de la Competencia (SDC), N-04065 (asunto EK/FCC) se confirmó que la adquisición de control por parte de un particular se consideraba como una concentración a efectos de aplicar la normativa interna de competencia⁶⁰⁴.

En este caso el SDC concluyó que EK (Esther Koplowitz) era una parte adquirente en la operación de concentración, a efectos de la aplicación del régimen español de control de concentraciones, argumentando que, previamente, en la operación de concentración comunitaria VIVENDI/FCC⁶⁰⁵, EK había sido considerada por la Comisión Europea como parte integrante de la operación a pesar de su condición de persona física .

⁶⁰³ Cfr. Apartado 12 de la Comunicación Consolidada sobre Cuestiones Jurisdiccionales en Materia de Competencia, de 10 de julio de 2007. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:095:0001:0048:ES:PDF>. El resaltado es nuestro.

⁶⁰⁴ Vid. Informe del Servicio de Defensa de la Competencia N-04065, de 9 de septiembre de 2004, asunto EK/FCC, disponible en <http://www.cncompetencia.es/Default.aspx?TabId=116>

⁶⁰⁵ Vid. Decisión de la Comisión de 4 de marzo de 1999, asunto IV/M.1365, *Vivendi/FCC*, publicada en el DOUE C 120 de 1 de mayo de 1999, pág. 20 y disponible en http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m1365_es.pdf

Además, el SDC hizo suyos los argumentos de la Resolución del 10 de julio de 1990 del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), en la que se declaraba que “Siguiendo la doctrina consolidada en el ámbito comunitario, el Derecho de la competencia es de aplicación a todos los operadores económicos en el mercado, cualquiera que sea su estatuto jurídico, tengan o no fines de lucro, y cualquiera que sea su campo de actividad. Es necesario y suficiente que realicen una actividad económica propia, entendiendo por ello cualquier actividad de producción o intercambio no gratuito de bienes o servicios”⁶⁰⁶.

Para terminar de fundamentar su argumentación, teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 1 del Código de Comercio, el SDC señaló que el concepto empresa “puede englobar la idea de empresario, comerciante, quien ejerce el comercio, sea persona física o esté constituido como persona jurídica. De esta forma, el ejercicio de actividad económica propia debe ser interpretado como ejercicio del comercio, en su doble dimensión o manifestación: por medio de empresario o comerciante (persona física), o por medio de persona jurídica”⁶⁰⁷.

Por lo demás, debemos tener presente que la adquisición del control de una empresa también puede derivarse de la adquisición de los activos de una empresa, según el apartado a) del artículo 7.2. de la LDC, que se corresponde con el apartado a) del artículo

⁶⁰⁶ Cfr. Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, del 10 de julio de 1990, expediente 271/90, disponible en <http://www.cncompetencia.es/Default.aspx?TabId=116>

⁶⁰⁷ Cfr. Artículo 1, Código de Comercio de 1885, publicado en la Gaceta núm. 289 a 328, de 16 octubre de 1885 a 24 noviembre de 1885, disponible en http://constitucion.rediris.es/legis/1885/11885-08-22/11885-08-22_indice.html

3.2. del Reglamento Comunitario 139/2004⁶⁰⁸. En este orden de ideas, de acuerdo con la doctrina de la Comisión⁶⁰⁹, la adquisición del control sobre los activos puede considerarse una concentración si esos activos constituyen la totalidad o una parte de la empresa; es decir, una actividad con presencia en el mercado, a la que puede asignarse claramente un volumen de negocios de mercado⁶¹⁰.

Operaciones de esta naturaleza, han sido evaluadas por la autoridad nacional de competencia⁶¹¹. Así en el asunto CONSUM/DINOSOL, se había notificado una concentración en la que CONSUM pretendía adquirir el control de los activos vinculados a la explotación de establecimientos comerciales minoristas y dos plataformas logísticas de DINOSOL SUPERMERCADOS. Los activos objeto de la operación comprendían todos los bienes y derechos afectos a la explotación de los establecimientos comerciales minoristas, incluyendo los contratos de arrendamiento de los inmuebles donde éstos se localizaban, las licencias, las concesiones administrativas, el fondo de comercio, las existencias y la subrogación de los contratos laborales del personal⁶¹².

⁶⁰⁸ Vid. Apartado a) del artículo 3.2. del Reglamento 139/2004, de 20 de enero de 2004, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004R0139:ES:HTML> y apartado a) del artículo 7.2. de Ley 15/2007, de 3 de julio, disponible en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/115-2007.html

⁶⁰⁹ Vid. Apartado 24 de la Comunicación Consolidada sobre Cuestiones Jurisdiccionales en Materia de Competencia, de 10 de julio de 2007.

⁶¹⁰ Vid *supra*. Apartado 2.2.2.2 del Capítulo II de esta Tesis.

⁶¹¹ Un completo listado de los asuntos tratados en esta materia por la autoridad nacional de competencia, se encuentra en el trabajo de BARRANTES, Begoña; “De las Concentraciones”, *ob cit*, pág. 264.

⁶¹² Vid. Informe del Servicio de Defensa de la Competencia N-07001, de 5 de febrero de 2007, CONSUM / DINOSOL, disponible en <http://www.cncompetencia.es/Default.aspx?TabId=116>.

Ahora bien, por tratarse de un instrumento jurídico utilizado con frecuencia en las concentraciones llevadas a cabo en el sector eléctrico, a continuación presentamos las principales particularidades de las ofertas públicas de adquisición (OPAS), como instrumento de adquisición del control de empresas del sector eléctrico español.

1.3.2.2. Adquisición de control mediante ofertas públicas de adquisición (OPAS).

Uno de los mecanismos a través de los cuales una empresa puede adquirir el control de otra, es la formulación de una oferta pública de adquisición de acciones (OPA), especialmente en los casos en los que la oferta de adquisición busca adquirir el control de empresa competidora en el mercado.

En el sector eléctrico español, esta ha sido una situación frecuente en los últimos años, pudiéndose citar -como ejemplos- las operaciones Unión Fenosa/Hidrocantábrico, Gas Natural/ Iberdrola, Gas Natural/Endesa, entre otras.

Es necesario tener presente que, cuando como consecuencia de la OPA, se adquiera el control de una empresa del sector eléctrico, estaremos en presencia de un proceso complejo, regulado en términos generales por la Ley del Mercado de Valores⁶¹³, el Real Decreto sobre Ofertas Públicas de Adquisición⁶¹⁴, la Ley de Defensa de la

⁶¹³ Ley 24/1988, de 28 julio, publicada en el BOE núm. 181, de 29 de julio de 1988, pág. 23405. En adelante haremos referencia a esta Ley como LMV. Esta Ley ha sido objeto de múltiples reformas, entre las cuales debemos destacar la reforma realizada por la Ley 6/2007, de 12 de abril, para la modificación del régimen de las ofertas públicas de adquisición y de la transparencia de los emisores, publicada en el BOE núm. 89, de 13 de abril de 2007, pág. 16260. Normativa disponible en <http://www.cnmv.es/legislacion/legislacion/leyes/indirefun.htm> y en <http://www.derecho.com/l/boe/ley-6-2007-reforma-ley-24-1988-mercado-valores-modificacion-regimen-ofertas-publicas-adquisicion-transparencia-emisores/>

Competencia⁶¹⁵, el Reglamento de Defensa de la Competencia⁶¹⁶, la Ley del Sector Eléctrico⁶¹⁷ y la Ley del Sector de Hidrocarburos⁶¹⁸.

En efecto, cuando una empresa presenta una oferta pública de adquisición, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 3 de el RDOPAS⁶¹⁹, comienza un

⁶¹⁴ Real Decreto 1066/2007, de 27 de julio, publicado en el BOE núm. 180, de 28 julio 2007, pág. 32829. Disponible en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/rd1066-2007.html. La importancia de este Real Decreto, al que en adelante haremos referencia como RDOPAS, es notoria ya que, tratándose del control de concentraciones formuladas mediante OPAS, supone la actualización y coordinación con la normativa comunitaria, en especial con la Directiva 2004/25/CE, con el Reglamento Comunitario 139/2004 y con el Reglamento 802/2004. *Vid.* Reglamento 139/2004, de 20 de enero, publicado en el DOUE L 24 de 29 de enero de 2004, pág. 1-22, Reglamento 802/2004, de 7 de abril, publicado en el DOUE L 133 de 30 de abril de 2004, pág. 1-39 y con la Directiva 2004/25/CE, de 21 de abril de 2004, publicada en el DOUE L 142 de 30 de abril de 2004, pág. 12-23. Para conocer en detalle las novedades y aspectos fundamentales de Real Decreto 1066/2007 *Vid.* ZURITA Y SAENZ DE NAVARRETE, Jaime y GARCIA DE ENTERRIA, Javier; “La Regulación de las Opas: Comentario Sistemático al Real Decreto 1066/2007, de 27 de julio”, Editorial Civitas, Navarra, 2009; SANCHEZ CALERO, Fernando; “Ofertas Públicas de Adquisición de Acciones (Opas)”, Editorial Civitas, Navarra, 2009 y TAPIA HERMIDA, Alberto Javier; “El Régimen de las Ofertas Públicas de Adquisición de Acciones (OPAs) en la Unión Europea y en España”, mayo, 2008, Documento de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid, disponible en http://eprints.ucm.es/7900/1/A._Tapia.Régimen_OPAs.pdf

⁶¹⁵ Ley 15/2007, de 3 de julio, disponible en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/l15-2007.html

⁶¹⁶ Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, publicado en el BOE núm. 50 de 27 de febrero de 2008, pág. 1575 y disponible en http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=2008/03646. En adelante haremos referencia a este Real Decreto como RDC.

⁶¹⁷ Ley 54/1997, de 27 de noviembre, publicada en el BOE núm. 285, de 28 de noviembre de 1997, pág. 35097 y disponible en http://www.cne.es/cne/doc/legislacion/NE_LSE.pdf. En adelante haremos referencia a esta ley como LSE.

⁶¹⁸ Ley 34/1998, de 7 de octubre, publicada en el BOE núm. 241 de 8 de octubre de 1998 y disponible en http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=1998/23284. En adelante haremos referencia a esta Ley como LSH.

procedimiento en el cual interviene -tratándose del sector eléctrico- la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), la Comisión Nacional de Competencia (CNC) y la Comisión Nacional de la Energía (CNE).

En este orden de ideas, debe precisarse si la oferta pública de adquisición constituye una concentración económica a efectos de aplicar el régimen de control de concentraciones consagrado en la LDC. El carácter de concentración económica de la OPA, sometida a control por parte de la CNC, se verificará teniendo en cuenta si se ajusta al concepto de concentración establecido en el artículo 7 de la LDC⁶²⁰, si alcanza los umbrales económicos establecidos en el artículo 8 de la LDC⁶²¹ y, siempre y cuando, no tenga dimensión comunitaria.

⁶¹⁹ Artículo que establece: “1. Quedará obligado a formular una oferta pública de adquisición por la totalidad de los valores y dirigida a todos sus titulares a un precio equitativo, quien alcance el control de una sociedad cotizada, ya lo consiga: a) Mediante la adquisición de acciones u otros valores que confieran, directa o indirectamente, derechos de voto en dicha sociedad; b) Mediante pactos parasociales con otros titulares de valores, en los términos del artículo 5.1.b); o c) como consecuencia de los supuestos de tomas de control indirectas o sobrevenidas establecidos en el artículo 7....”. *Cfr.* Artículo 3, Real Decreto 1066/2007, de 27 de julio, publicado en el BOE núm. 180, de 28 julio 2007, pág. 32829. Disponible en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/rd1066-2007.html

⁶²⁰ *Vid supra*. Apartado 1.1. del Capítulo 3 del presente trabajo y artículo 7, Ley 15/2007, de 3 de julio, disponible en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/115-2007.html

⁶²¹ Artículo que dispone: “1. El procedimiento de control previsto en la presente Ley se aplicará a las concentraciones económicas cuando concurra al menos una de las dos circunstancias siguientes: a) Que como consecuencia de la concentración se adquiera o se incremente una cuota igual o superior al 30 por ciento del mercado relevante de producto o servicio en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo. b) Que el volumen de negocios global en España del conjunto de los partícipes supere en el último ejercicio contable la cantidad de 240 millones de euros, siempre que al menos dos de los partícipes realicen individualmente en España un volumen de negocios superior a 60 millones de euros. 2. Las obligaciones previstas en la presente Ley no afectan a aquellas concentraciones de dimensión comunitaria tal como se definen en el Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo, de 20 de enero, sobre el control de las concentraciones entre empresas, salvo que la concentración haya sido objeto de una decisión de remisión por la Comisión Europea a España conforme a lo establecido en el citado Reglamento”. *Cfr.* Artículo 8, Ley 15/2007, de 3 de julio, disponible en

Ahora bien, en aquellos casos en los que no se requiere la autorización previa de una autoridad sectorial, la OPA debe ser notificada a la CNC en un plazo de cinco días desde que se presenta la solicitud de autorización de la oferta a la CNMV⁶²². En este caso, la notificación de la operación a la CNC, deberá contener, además de los documentos que componen el formulario de notificación de las concentraciones económicas⁶²³, el folleto de la OPA. Este plazo de notificación de 5 días, es obligatorio en caso de que la operación no haya sido notificada a la CNC, previamente a la solicitud de autorización de la oferta a la CNMV⁶²⁴.

En realidad, el trámite de notificación ante la CNMV y la CNC, puede realizarse de manera simultánea. De hecho, es posible realizar un trámite de prenotificación o consulta previa ante la CNC, antes de solicitar la autorización de la oferta a la CNMV⁶²⁵. En

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/115-2007.html. A estos umbrales haremos referencia posteriormente en el presente capítulo.

⁶²² Así se establece en el apartado a) del artículo 9.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, disponible en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/115-2007.html

⁶²³ Documentos que se relacionan en el Anexo II del Reglamento de Defensa de la Competencia, Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, publicado en el BOE núm. 50 de 27 de febrero de 2008, pág. 1575 y disponible en http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=2008/03646

⁶²⁴ En efecto, la notificación de una operación de concentración se puede realizar desde que existe un proyecto o acuerdo de concentración. En este orden de ideas, tratándose de ofertas públicas de adquisición, se considera que habrá un proyecto o acuerdo de concentración cuando existe un acuerdo del Consejo de Administración de las empresas oferentes y se ha anunciado públicamente la intención de presentar la oferta. *Vid.* Artículo 54, Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, publicado en el BOE núm. 50 de 27 de febrero de 2008, pág. 1575 y disponible en http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=2008/03646.

⁶²⁵ *Vid.* Artículos 56.2 y 59 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, disponible en http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=2008/03646.

cualquier caso, una vez que se haya solicitado formalmente la autorización de la oferta a la CNMV, se debe acreditar ante esta autoridad la notificación de la operación a la autoridad de competencia⁶²⁶.

Ahora bien, tratándose de OPAS llevadas a cabo en el sector eléctrico, la situación adquiere una complejidad mayor gracias a las exigencias de la regulación sectorial. En efecto, según establece la disposición adicional undécima de la LSH⁶²⁷, la Comisión Nacional de la Energía debe autorizar la adquisición de participaciones en empresas que realicen actividades reguladas o en actividades sujetas a una intervención administrativa que implique una relación de sujeción especial⁶²⁸. Estas actividades reguladas, tratándose

⁶²⁶ Vid. MARCOS FERNANDEZ, Francisco; *"El procedimiento de Control de Concentraciones y la Supervisión por Organismos Reguladores de las Ofertas Públicas de Adquisición"*, CEU Ediciones, Documento de Trabajo Serie Política de Competencia Numero 28/2008, Madrid, 2008, pág. 20 y artículo 26.1. Real Decreto 1066/2007, de 27 de julio, publicado en el BOE núm. 180, de 28 julio 2007, pág. 32829. Disponible en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/rd1066-2007.html.

⁶²⁷ Vid. Función 14.1 del Apartado 3 de la disposición adicional undécima, Ley 34/1998, de 7 de octubre, publicada en el BOE núm. 241 de 8 de octubre de 1998 y disponible en http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=1998/23284. Como mencionamos en el apartado 3.8. del segundo capítulo del presente trabajo, esta función 14 fue modificada *ad hoc* por el Gobierno español mediante el Real Decreto Ley 4/2006, para que la CNE interviniese en la OPA que E.ON formuló sobre ENDESA y que competía directamente sobre la OPA formulada previamente por GAS NATURAL. Vid. Real Decreto Ley 4/2006, de 24 de febrero, por el que se modifican las funciones de la Comisión Nacional de la Energía, publicado en el BOE núm. 50, de 28 de febrero de 2006, pág. 8016 y disponible en http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=2006/03436

⁶²⁸ La norma cita como ejemplo actividades de las centrales térmicas nucleares, de las centrales térmicas de carbón - de especial relevancia en el consumo de carbón de producción nacional- o que se desarrollen en los sistemas eléctricos insulares y extrapeninsulares. Vid. Función 14.1 del Apartado 3 de la disposición adicional undécima, Ley 34/1998, de 7 de octubre, publicada en el BOE núm. 241 de 8 de octubre de 1998 y disponible en http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=1998/23284.

del sector eléctrico, son la distribución de electricidad, el transporte y la operación del sistema⁶²⁹.

Del idéntico modo, según la misma disposición adicional undécima, la autorización de la operación por parte de la CNE⁶³⁰, también era necesaria cuando cualquier sujeto adquiriera una participación superior al 10% del capital, o cualquier otro tipo de participación que otorgue al adquirente una influencia significativa en empresas que realicen actividades reguladas o en actividades sujetas a una intervención administrativa que implique una relación de sujeción especial⁶³¹.

⁶²⁹ Según establece el artículo 11.2 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, publicada en el BOE núm. 285, de 28 de noviembre de 1997, pág. 35097 y disponible en http://www.cne.es/cne/doc/legislacion/NE_LSE.pdf. Tratándose del sector del gas, las actividades reguladas son la regasificación, el almacenamiento básico, el transporte y la distribución. *Vid.* Artículo 60.1. Ley 34/1998, de 7 de octubre, publicada en el BOE núm. 241 de 8 de octubre de 1998 y disponible en http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=1998/23284.

⁶³⁰ La operación por medio de la cual se hace la adquisición o se adquiere una influencia significativa, puede ser denegada por la CNE o aprobada bajo condiciones, por las siguientes causas: a) La existencia de riesgos significativos o efectos negativos, directos o indirectos sobre las actividades contempladas en el apartado 1...; b) Protección del interés general en el sector energético y, en particular, la garantía de un adecuado mantenimiento de los objetivos de política sectorial, con especial afección a activos considerados estratégicos....; c) La posibilidad de que la entidad que realice las actividades mencionadas en el apartado 1... quede expuesta a no poder desarrollarlas con garantías como consecuencia de cualesquiera otras actividades desarrolladas por la entidad adquirente o por la adquirida; d) Cualquier otra causa de seguridad pública y, en particular: 1. La seguridad y calidad del suministro entendidas como la disponibilidad física ininterrumpida de los productos o servicios en el mercado a precios razonables en el corto o largo plazo para todos los usuarios, con independencia de su localización geográfica; 2. La seguridad frente al riesgo de una inversión o de un mantenimiento insuficientes en infraestructuras que no permitan asegurar, de forma continuada, un conjunto mínimo de servicios exigibles para la garantía de suministro...". *Vid.* Función 14.2 del Apartado 3, de la disposición adicional undécima, Ley 34/1998, de 7 de octubre, disponible en http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=1998/23284 y ARIÑO ORTIZ, Gaspar; "Intervención del Estado en las Operaciones Corporativas: La función 14 de la CNE"; en: *Derecho de la Regulación Económica*, Tomo III, Sector Energético, Editorial IUSTEL, Madrid, 2009, pág. 164.

⁶³¹ *Vid.* Función 14.1 del Apartado 3 de la disposición adicional undécima, Ley 34/1998, de 7 de octubre, publicada en el BOE núm. 241 de 8 de octubre de 1998, disponible en

No obstante, respecto a esta disposición, recordamos que el Tribunal de Justicia condenó a España por considerar que esta norma, introducida en el Ordenamiento jurídico mediante el Real Decreto Ley 4/2006, era contraria a la libre circulación de capitales y a la libertad de establecimiento⁶³².

Como consecuencia de la decisión de Tribunal, el párrafo segundo del apartado 1 de la función 14 de la CNE, es inaplicable pero, debemos destacar que a la fecha de elaboración del presente trabajo, el legislador español aun no había derogado ni modificado la función 14 de la CNE, continuando así vigente, en el Derecho interno, el apartado primero de la citada disposición. Esta circunstancia obedece a que este apartado no fue objeto de recurso por parte de la Comisión y, en consecuencia, el Tribunal de Justicia, en la sentencia del 17 de julio de 2008, no se pronunció al respecto⁶³³.

http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=1998/23284, modificada por el Real Decreto Ley 4/2006, de 24 de febrero, publicado en el BOE núm. 50, de 28 de febrero de 2006, pág. 8016 y disponible en http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=2006/03436

⁶³² *Vid.* Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de julio de 2008, asunto C-207/07, Comisión/España, disponible en <http://curia.europa.eu/> y *Vid. supra*. Apartado 3.8.3 del segundo capítulo.

⁶³³ Este apartado establece: “Autorizar la adquisición de participaciones realizada por sociedades, con actividades que tienen la consideración de reguladas o actividades que estén sujetas a una intervención administrativa, que implique una relación de sujeción especial, tales como centrales térmicas nucleares, centrales térmicas de carbón de especial relevancia en el consumo de carbón de producción nacional, o que se desarrollen en los sistemas eléctricos insulares y extrapeninsulares, así como las actividades de almacenamiento de gas natural o de transporte de gas natural por medio de gasoductos internacionales que tengan como destino o tránsito el territorio español...”. *Cfr.* Disposición adicional undécima, Ley 34/1998, de 7 de octubre, disponible en http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=1998/23284. *Vid.* BACIGALUPO SAGGESE, Mariano y FUENTETAJA PASTOR, Jesús Ángel; “Reguladores Nacionales y Europeos en el Mercado Interior de la Electricidad. La Futura Agencia de Cooperación de Reguladores de la Energía”, en: *Derecho de la Competencia y Energía Eléctrica*, Editorial Civitas, Madrid, 2009, pág. 203.

Ahora bien, en concordancia con la LSH, el artículo 26.2 del RDOPAS establece que cuando la OPA requiera de la notificación previa y/o la autorización o no oposición de cualquier otro organismo, es posible presentar la solicitud de autorización de la oferta ante la CNMV sin haber solicitado ni obtenido la autorización, pero este organismo no autorizará la oferta hasta que no se acredite ante ella la obtención de la correspondiente autorización, no oposición o notificación, según sea el caso⁶³⁴.

Respecto de la posibilidad del oferente de presentar una OPA condicionada a la aprobación por parte de la autoridad de competencia, en el sector eléctrico esta posibilidad se podría extender también a la aprobación de la operación por la autoridad sectorial⁶³⁵, siempre y cuando sea necesario, teniendo en cuenta las modificaciones introducidas por la reciente jurisprudencia comunitaria y la aplicación que de ella se haga en el Ordenamiento jurídico interno⁶³⁶.

⁶³⁴ Vid. Artículo 26.2, Real Decreto 1066/2007, de 27 de julio, publicado en el BOE núm. 180, de 28 julio 2007, pág. 32829. Disponible en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/rd1066-2007.html

⁶³⁵ La posibilidad de condicionar una OPA, “constituye la única excepción prevista en el RDOPAS, al principio legal de irrevocabilidad de las ofertas obligatorias” establecido en el artículo 30 del RD 1066/2007. Cfr. MARCOS FERNANDEZ, Francisco; *“El procedimiento de Control de Concentraciones y la.....”*, ob cit, pág. 31.

⁶³⁶ No deben confundirse los casos en los que es necesaria la autorización de la autoridad sectorial, con los supuestos en los cuales la autoridad de competencia solicita un informe a la autoridad sectorial sobre determinada concentración. De acuerdo con la normativa, cuando la autoridad de competencia evalúe concentraciones de empresas que realicen actividades en el sector de la competencia de los reguladores sectoriales, solicitará a estos un informe no vinculante sobre la concentración propuesta, indicando el plazo para su emisión. La solicitud de este informe a la autoridad sectorial suspende el plazo máximo de decisión de la CNC, pero en ningún caso puede exceder de tres meses. Vid. Disposición adicional undécima, tercero, 1, función 15, de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, disponible en http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=1998/23284; artículo 17.2 y 37.2., Ley 15/2007, de 3 de julio, , disponible en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/115-2007.html y art. 63.2 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, disponible en http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=2008/03646

En la práctica, cuando es necesaria la aprobación previa de la OPA, la CNMV suspende su autorización, la publicación de los anuncios y el inicio del plazo de aceptación de la oferta, hasta que se obtiene la respectiva autorización⁶³⁷.

Del mismo modo, según establece el RDOPAS, el oferente no puede ejercer los derechos políticos correspondientes al exceso de su participación accionarial, sobre el umbral que obliga a formular la oferta, hasta que no haya recibido la correspondiente aprobación de la concentración por el organismo correspondiente, como por ejemplo la CNC⁶³⁸.

De acuerdo con lo expuesto, consideramos pertinente realizar dos precisiones: En primer lugar, hay que destacar la claridad que el artículo 26 del RDOPAS ha brindado en materia de coordinación de procedimientos, en aquellos casos de OPAS sometidas a procedimientos de control ante la autoridad nacional de competencia y/o ante el control o conocimiento por parte de las autoridades de regulación sectorial, bien sea la CNE, la CMT⁶³⁹, o autoridades administrativas como Ministerios o Direcciones Generales.

En el caso de las concentraciones empresariales en el sector eléctrico, ejecutadas mediante OPAS, el artículo 26 del RDOPAS aporta seguridad jurídica a los sujetos que intervienen en una concentración de este tipo, ya que diferencia, de forma coordinada, los

⁶³⁷ Vid. MARCOS FERNANDEZ, Francisco; *“El procedimiento de Control de Concentraciones y la.....”*, ob cit, pág. 38 y ss.

⁶³⁸ Vid. Artículo 26.2, Real Decreto 1066/2007, de 27 de julio, publicado en el BOE núm. 180, de 28 julio 2007, pág. 32829. Disponible en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/rd1066-2007.html

⁶³⁹ Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

momentos y las formas de actuación ante cada una de las autoridades involucradas, la CNC, la CNE y la CNMV⁶⁴⁰.

1.3.3. Creación de empresas en participación y adquisiciones de control conjunto.

La LDC también contempla, como supuestos de concentración, la creación de empresas en participación, que desarrollen -de manera permanente- las funciones de una entidad económica autónoma y los casos de adquisición de control conjunto sobre una o varias empresas⁶⁴¹.

Por contraste con lo que sucedía en la Ley 16/1989, a partir de la aplicación de la nueva LDC, quedan sometidas al control de concentraciones todas las operaciones de creación de empresas en participación, sean de carácter concentrativo o cooperativo⁶⁴².

Esta diferencia es importante ya que la Ley 16/1989 distinguía -por un lado- el tratamiento legal de las empresas en participación con plenas funciones, cuyo efecto principal no fuese la coordinación del comportamiento de las empresas matrices en el mercado (empresas en participación concentrativas). Y, por otro lado, distinguía las

⁶⁴⁰ Para conocer la forma como se tramitaban las concentraciones empresariales formuladas mediante OPAS antes de la aplicación del Real Decreto 1066/2007 y de la Ley 15/2007 *Vid.* PARRAS MARTIN, Alfonso; “El Control de las Concentraciones Económicas realizadas mediante Ofertas Públicas de Adquisición de Acciones”, en: *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, Tomo XXV, Editorial Marcial Pons, Instituto de Derecho Industrial, Madrid, 2005, pág. 425.

⁶⁴¹ *Vid.* Apartado c), artículo 7.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, disponible en http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=2007/12946.

⁶⁴² *Vid.* BELLO MARTIN-CRESPO, María Pilar; “Control de Concentraciones de Empresas”, *ob cit.* pág. 391.y Artículo 10.2. de la Ley 15/2007, de 3 de julio, publicada en el BOE núm. 159 de 4 de julio de 2007, pág. 28848–28872, disponible en http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=2007/12946.

empresas en participación, cuyo efecto principal era coordinar el comportamiento competitivo de sus matrices (empresas en participación cooperativa). En este orden de ideas, las empresas en participación concentrativas se evaluaban mediante el régimen de control de concentraciones, mientras que las empresas en participación cooperativa se evaluaban mediante el régimen de prácticas restrictivas⁶⁴³.

La Ley 15/2007 elimina esta diferenciación y subsume bajo el procedimiento del control de concentraciones, todas las operaciones de creación de empresas en participación. Así las cosas, en punto a la creación de empresas en participación con efectos cooperativos, estos efectos se analizan según la normativa de prácticas restrictivas, pero bajo el procedimiento de control de concentraciones⁶⁴⁴.

Por otra parte, el desarrollo permanente de las funciones de una entidad económica autónoma en una empresa en participación, se identifica con el concepto comunitario de las empresas en participación con plenas funciones⁶⁴⁵.

⁶⁴³ Vid. ODRIOZOLA ALÉN, Miguel y VÉRGEZ MUÑOZ, Carlos; "El Concepto de Concentración: Novedades de la Ley 15/2007 y Otras Cuestiones Relevantes", en: *La Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia*, Monografía No. 1/2008, Editorial La Ley, Madrid, 2008, pág. 297.

⁶⁴⁴ Vid. BARRANTES, Begoña; "De las Concentraciones Económicas", en: *Derecho Español de....., ob cit*, pág. 350 y Artículo 10.2, Ley 15/2007, de 3 de julio, disponible en http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=2007/12946.

⁶⁴⁵ Sobre el concepto de comunitario de las empresas en participación con plenas funciones Vid. *Supra*. Apartado 2.3. del segundo capítulo del presente trabajo y Vid. Artículo 3.4. Reglamento 139/2004, de 20 de enero de 2004, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004R0139:ES:HTML> y Comunicación Consolidada de la Comisión, de 10 de julio de 2007, sobre Cuestiones Jurisdiccionales en Materia de Competencia, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:095:0001:0048:ES:PDF>.

Ahora bien, para el SDC, el sometimiento a control de una operación en la cual se crea una empresa en participación, debe orientarse por las siguientes pautas⁶⁴⁶:

- La medida en que la empresa está controlada de manera conjunta. A tal efecto, se debe atender a quien tiene la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre la actividad de la empresa y como se instrumentaliza tal posibilidad. En este sentido habrá control conjunto cuando las empresas matrices deban llegar a un acuerdo sobre las decisiones importantes que afectan a la empresa en participación.
- El análisis de si la empresa tiene plenas funciones y puede desempeñar de forma permanente las actividades habituales del resto de operadores presentes en el mismo mercado, de forma independiente de sus matrices. Para determinar esta posibilidad se valora -entre otras- la vocación de permanencia de la empresa y la medida en la que dispondrá de órganos de gestión y recursos propios para desarrollar su actividad empresarial de forma duradera.
- El análisis de la medida en la que el objeto principal de la empresa es la coordinación de la actuación de las matrices.

En suma, para que nos encontremos frente a la creación de una empresa en participación que debe ser controlada por la autoridad nacional de competencia, es necesario que exista un aporte de las empresas matrices a la empresa en participación, “de todos los medios económicos, técnicos y humanos necesarios para su funcionamiento y de un equipo de dirección dedicado a la gestión de las operaciones diarias, que permita que la nueva filial

⁶⁴⁶ Vid. COMISION NACIONAL DE COMPETENCIA; “Directrices del Servicio de Defensa de la Competencia: Elementos Esenciales del Análisis de Concentraciones Económicas”, en: “*Código de Derecho de*”, *ob cit*, Editorial La Ley, Madrid, 2006, pág. 1085 y 1086.

en común opere en el mercado con vocación de permanencia e independencia de sus matrices”⁶⁴⁷.

Respecto de los casos en los cuales se reconoce la existencia de plenas funciones en las empresas en participación que dependen, durante un tiempo inicial, de operaciones de venta y compra con sus matrices, la posición de la Comisión Europea y de la CNC, ha sido aceptar estas relaciones comerciales durante un período transitorio para que se introduzca la empresa en el mercado. Este periodo transitorio, según la Comisión, normalmente no debe exceder de tres años, teniendo en cuenta las características del mercado bajo examen aunque, en la práctica, el plazo exacto dependerá del mercado involucrado, el tipo de operación ejecutada y los agentes participantes⁶⁴⁸.

Ahora bien, en punto a las operaciones de adquisición de control conjunto sobre una o varias empresas, debe tenerse presente que según lo dispuesto en el artículo 9 de la LDC⁶⁴⁹, también pueden ser objeto de evaluación aquellas operaciones en las que se adquiere el control conjunto de parte de varias empresas. Así debe entenderse la

⁶⁴⁷ Cfr. GONZALEZ-DIAZ, Francisco Enrique y CARPI BADIA, Josep María; “La Noción de Concentración Económica y la Evaluación de sus Efectos en.....”, *ob cit*, pág. 660

⁶⁴⁸ Vid. Apartado 97 y ss. Comunicación Consolidada de la Comisión, de 10 de julio de 2007, sobre Cuestiones Jurisdiccionales en Materia de Competencia, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:095:0001:0048:ES:PDF> e informe del Servicio de Defensa de la Competencia de 10 de abril de 2002, N- 229, ZENIT/IBERIA, disponible en <http://www.cncompetencia.es/Default.aspx?TabId=116>

⁶⁴⁹ En efecto, conforme al apartado a), artículo 9.4 de la LDC, están obligados a notificar previamente a la CNC, “Conjuntamente, las partes que intervengan en una fusión, en la creación de una empresa en participación o en la adquisición del control conjunto sobre la totalidad o parte de una o varias empresas”. Cfr. Apartado a), artículo 9.4, Ley 15/2007, de 3 de julio, disponible en http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=2007/12946.

aplicación de la normativa, a pesar de que en el apartado c) del artículo 7.1 de la LDC no se contemple expresamente esta posibilidad.

Respecto del concepto de control conjunto, reiteramos el criterio de la Comisión Europea que considera que “existe control conjunto cuando dos o más empresas o personas tienen la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre otra empresa”. Para la autoridad comunitaria, el concepto de influencia decisiva se traduce en la capacidad de bloquear acciones que determinan la estrategia competitiva de una empresa y que se deriva de la facultad de las matrices de rechazar las decisiones estratégicas propuestas.

En suma, estaremos en presencia de una situación de control conjunto cuando los accionistas (las empresas matrices) deban llegar a un acuerdo sobre las decisiones importantes que afectan a la empresa controlada (la empresa en participación)⁶⁵⁰.

Ahora bien, tratándose de la determinación de la existencia de control conjunto, la CNC ha aclarado que “es imprescindible conocer de qué forma se podrá influir decisivamente en la toma de decisiones relevantes para la sociedad, como son la aprobación y la modificación de los planes estratégicos de la sociedad, de los presupuestos y planes financieros, así como de cualquier plan de inversión de la misma”⁶⁵¹.

En este sentido, la autoridad nacional de competencia ha destacado la importancia que tienen en la determinación de la existencia de control conjunto, los acuerdos vinculantes entre las empresas que adquieren el control. Las cuestiones relevantes de estos acuerdos

⁶⁵⁰ Vid. Apartados 62 y 63, Comunicación Consolidada de la Comisión, de 10 de julio de 2007, sobre Cuestiones Jurisdiccionales en Materia de Competencia, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:095:0001:0048:ES:PDF>

⁶⁵¹ Cfr. Informe del Servicio de Defensa de la Competencia de 10 de abril de 2002, N- 229, *ZENIT/IBERIA*, disponible en <http://www.cncompetencia.es/Default.aspx?TabId=116>

son, por ejemplo, las condiciones de la determinación de la estrategia competitiva de la empresa, el ejercicio de los derechos de voto en los órganos de decisión, la designación del equipo de dirección, etc⁶⁵².

Para terminar, es preciso resaltar la coordinación de la normativa nacional de competencia con la normativa comunitaria, teniendo en cuenta lo mencionado anteriormente a propósito de las empresas en participación y las adquisiciones de control conjunto. Como ya hemos tenido oportunidad de mencionar, la alineación de la normativa nacional de competencia con la normativa comunitaria, había sido un objetivo expresamente señalado en el Libro Blanco para la Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia y, en el supuesto de las empresas en participación con plenas funciones, así se sugirió de manera concreta⁶⁵³.

1.4. Umbrales de control de una concentración.

Para que una operación de concentración sea controlada conforme el procedimiento dispuesto en la LDC, debe ajustarse al concepto de concentración expuesto en los anteriores apartados y, adicionalmente, debe superar unos umbrales económicos fijados en la LDC.

⁶⁵² Vid. Informe del Servicio de Defensa de la Competencia de 30 de julio de 2002, N- 265, *TURBO 2000/GAMESA/NEWCO*, disponible en <http://www.cncompetencia.es/Default.aspx?TabId=116>

⁶⁵³ En este orden de ideas, en el considerando 185 del Libro Blanco se declaró: "En cuanto al ámbito de la normativa española, resulta conveniente aclarar el concepto de concentración e incluir todo tipo de empresas en participación con plenas funciones, tengan o no carácter "concentrativo". De esta forma, la normativa española se alinearía con la comunitaria y, además, se elimina cualquier duda con respecto al procedimiento aplicable a las empresas que, como suele suceder, comportan elementos concentrativos y cooperativos". Vid. MINISTERIO DE ECONOMIA Y HACIENDA, *"Libro Blanco para la Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia"*, editado por el Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 2005, pág. 72.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que el procedimiento nacional de control de concentraciones establecido en la LDC, será aplicable a aquellas operaciones que no superen los umbrales económicos fijados en el Reglamento Comunitario de Concentraciones. Si una operación de concentración no supera estos límites económicos, no tendrá dimensión comunitaria y, en consecuencia (salvo excepciones⁶⁵⁴), su análisis corresponde a la CNC⁶⁵⁵.

Así pues, se aplicará el procedimiento de control de concentraciones previsto en la LDC, a las concentraciones en las que concurran al menos uno de los siguientes requisitos:

- a) Que, como consecuencia de la concentración, se adquiriera o se incremente una cuota igual o superior al 30 por ciento del mercado relevante del producto o servicio⁶⁵⁶, bien en el mercado nacional, bien en un mercado geográfico definido

⁶⁵⁴ Umbrales económicos comunitarios y excepciones (casos de remisión) a los que ya hemos hecho referencia en el segundo capítulo del presente trabajo. *Vid supra*. Apartado 2.5 del Capítulo II.

⁶⁵⁵ La prevalencia de la competencia de la autoridad comunitaria en materia de control de concentraciones (principio de ventanilla única), se reconoce en los siguientes términos por el artículo 8.2. de la LDC: “ Las obligaciones previstas en la presente Ley no afectan a aquellas concentraciones de dimensión comunitaria tal como se definen en el Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo, de 20 de enero, sobre el control de las concentraciones entre empresas, salvo que la concentración haya sido objeto de una decisión de remisión por la Comisión Europea a España conforme a lo establecido en el citado Reglamento”. *Cfr.* Artículo 8.2, Ley 15/2007, de 3 de julio, disponible en http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=2007/12946.

⁶⁵⁶ La cuota de mercado obtenida como consecuencia de una concentración es la correspondiente a la suma de las cuotas de mercado que tienen las empresas partícipes en el mercado relevante involucrado en la concentración. *Vid.* Artículo 4.1. del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, disponible en http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=2008/03646.

dentro del mismo mercado nacional, es decir, un mercado regional, provincial o local⁶⁵⁷.

b) Que el volumen de negocio global en España del conjunto de empresas partícipes, supere en el último ejercicio contable la cantidad de 240 millones de euros. Esta disposición será aplicable, siempre que al menos dos de las empresas partícipes realicen individualmente en España un volumen de negocios superior a 60 millones de euros.

Respecto del requisito reseñado en el apartado a), conocido como umbral de la cuota de mercado, en la nueva LDC se ha modificado el porcentaje de la cuota de mercado respecto a la cuota que se fijaba en la Ley 16/1989 y que ascendía a un 25%⁶⁵⁸. Esta ampliación ha sido acogida favorablemente por un sector de la doctrina al considerar que restringe la intervención administrativa, puesto que excluye del análisis muchas concentraciones que no alcanzan el 30% que exige la nueva LDC⁶⁵⁹.

Ahora bien, hay que tener presente que el sistema de umbrales basado en la cuota de mercado no es utilizado en la normativa comunitaria. Se mantiene en algunos países de la UE (Portugal, Letonia y Eslovenia) y ha sido objeto de críticas, ya que “implica, necesariamente, definir previamente cual es el mercado relevante en el que debe medirse

⁶⁵⁷ Vid. BARRANTES, Begoña; “De las Concentraciones Económicas”, en: *Derecho Español de....*”, *ob cit*, pág. 272.

⁶⁵⁸ Vid. Artículo 14, Ley 16/1989, publicada en el BOE núm. 170 de 18 de julio de 1989 y disponible en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Derogadas/r11-l16-1989.html

⁶⁵⁹ Vid. IZA MORENO, Álvaro; “Umbrales de Control”, en: *La Ley 15/2007, de Defensa de.*, *ob cit*, pág. 318.

la cuota, lo que constituye, con frecuencia, una de las cuestiones más controvertidas en los expedientes de control de concentraciones”⁶⁶⁰.

Por otra parte, el requisito consignado en el apartado b), conocido como umbral de volumen de negocios, encuentra su fundamento en la necesidad de controlar aquellas concentraciones con mayor trascendencia económica, según el volumen de negocio global en España de las empresas participantes en la concentración⁶⁶¹.

Según el RDC, el volumen de negocios global en España comprende la cifra resultante de la venta de productos y de la prestación de servicios correspondiente a las actividades ordinarias de las empresas participantes en la concentración en el último ejercicio contable, previa deducción del importe de bonificaciones, reducciones sobre las ventas, impuesto sobre el valor añadido y los demás impuestos directamente relacionados con el volumen de negocios⁶⁶².

El cálculo del volumen de negocio de una empresa que participa en una concentración, se obtiene al sumar su volumen de negocio, el volumen de negocio de aquellas empresas que controla en exclusiva o en conjunto y el volumen de negocio de las empresas que controlen exclusiva o conjuntamente a la empresa partícipe. Además, debe tenerse

⁶⁶⁰ Cfr. ALLENDESALAZAR CORCHO, Rafael; “Procedimiento de Control de Concentraciones en España. Balance y Algunas Propuestas de Mejora.”, en: *Control de Concentraciones Empresariales, Reforma de las Normativas Comunitaria y Española*. Editorial Dickinson, Madrid, 2005, pág. 65.

⁶⁶¹ Vid. MARCOS, Francisco y SÁNCHEZ GRAELLS, Albert; “El Control de Concentraciones en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia”; en: *Derecho de la....., ob cit*, pág. 105.

⁶⁶² Vid. Artículo 5.1. del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, disponible en http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=2008/03646.

presente que el volumen de negocios total de una empresa partícipe no tiene en cuenta las transacciones que hayan tenido lugar entre empresas de un mismo grupo⁶⁶³.

Ahora bien, en la práctica, la superación de cualquiera de los umbrales anteriormente mencionados, deriva en la obligación para las partes intervinientes en la concentración, de notificar la operación a la CNC de forma previa a su ejecución. Así las cosas, la concentración no se podrá ejecutar⁶⁶⁴ hasta tanto no haya sido autorizada -expresa o tácitamente- por la CNC o -de forma expresa- por el Consejo de Ministros⁶⁶⁵.

Por último, debe subrayarse que la modificación de estos umbrales se puede realizar por el Gobierno, previo informe de la CNC, autoridad que -de todas maneras- debe realizar cada 3 años una valoración a efectos de proponer al Gobierno su modificación si lo considera necesario⁶⁶⁶.

1.5. Criterios de valoración sustantiva.

⁶⁶³ Vid. Artículos 5.2. y 5.3. del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, disponible en http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=2008/03646.

⁶⁶⁴ La prohibición de ejecución se exceptúa en casos de levantamiento de la suspensión. Este levantamiento se debe solicitar motivadamente por las partes intervinientes en la operación y es resuelta por el Consejo de la CNC a propuesta de la Dirección de Investigación de esta autoridad. Vid. Artículo 9.6, Ley 15/2007, de 3 de julio, disponible en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/115-2007.t4.html#a59

⁶⁶⁵ Vid. Artículos 9.1, 9.2, 57,58 y 60, Ley 15/2007, de 3 de julio, disponible en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/115-2007.t4.html#a59 y Vid. *Infra*. Apartado 2.1. del presente capítulo.

⁶⁶⁶ Vid. TOBIO RIVAS, Ana María; “La Nueva Ley de Defensa de la Competencia: Culminación del Proceso de Modernización.”, en: *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, Tomo XXVII, Editorial Marcial Pons, Instituto de Derecho Industrial, Madrid, 2007, pág. 582 y Disposición Final Segunda, Ley 15/2007, de 3 de julio, disponible en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/115-2007.t4.html#a59

En punto a la evaluación de las operaciones de concentración empresarial, es necesario tener presente la existencia de dos criterios de valoración diferentes. El primer criterio de valoración es el que aplica la CNC, basándose en pautas técnicas de Derecho de la Competencia y, el segundo criterio de valoración, es el que aplica el Consejo de Ministros, con fundamento en criterios de interés general, distintos de la defensa de la competencia.

La aplicación de uno u otro criterio, depende del desarrollo del proceso de evaluación de la operación, motivo por el cual analizaremos cada uno de ellos de forma independiente.

1.5.1. Criterios de valoración de la CNC.

La evaluación de una operación de concentración por la CNC, bien sea por parte de la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de Competencia (DICNC) o del Consejo de la Comisión Nacional de Competencia (CCNC)⁶⁶⁷, se fundamenta en la posible obstaculización del mantenimiento de una competencia efectiva en todo o en parte del mercado nacional⁶⁶⁸.

Este criterio de evaluación no difiere significativamente del criterio de valoración que se había establecido en la Ley 16/1989⁶⁶⁹ y sigue la misma pauta de valoración fijada en la

⁶⁶⁷ Organismos que intervienen en la primera y en la segunda fase del procedimiento de evaluación de concentraciones.

⁶⁶⁸ Vid. Artículo 10.1, Ley 15/2007, de 3 de julio, disponible en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/l15-2007.t4.html#a59

⁶⁶⁹ Vid. Artículos 15 bis 1, 16.1, Ley 16/1989, publicada en el BOE núm. 170 de 18 de julio de 1989 y disponible en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Derogadas/r11-116-1989.html

normativa comunitaria, salvo dos pequeñas diferencias. En primer lugar, en la redacción de la LDC se omite la exigencia de que la obstaculización de la competencia efectiva sea de carácter significativa, como expresamente se consagra en el Reglamento Comunitario de Concentraciones⁶⁷⁰. En segundo lugar, en la LDC tampoco se especifica que la obstaculización de la competencia efectiva se produzca, en particular, como consecuencia de la creación o refuerzo de una posición dominante⁶⁷¹.

A pesar de estas diferencias, el criterio general de valoración substantiva es el mismo: la obstaculización de la competencia efectiva y, en este sentido -conceptualmente- la LDC se identifica con el criterio de evaluación de concentraciones establecido en el Ordenamiento jurídico comunitario.

Ahora bien, determinar si una concentración obstaculiza el mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado, implica la ponderación por parte de la CNC de todo un conjunto de criterios. A saber:

⁶⁷⁰ Vid. Artículo 2, Reglamento (CE) 139/2004, de 20 de enero de 2004, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004R0139:ES:HTML>. No obstante, en la práctica, la CNC ha destacado la importancia que tiene el carácter significativo de la obstaculización a la competencia. Vid. Resolución de la CNC de 20 de diciembre de 2007, expediente C-0025/07, *EIFFAGE/LOS SERRANOS*, disponible en <http://www.cncompetencia.es/Default.aspx?TabId=116>

⁶⁷¹ Vid. IGARTUA ARREGUI, Iñigo; "Criterios de Valoración: Perspectiva Legal.", en: *La Ley 15/2007, de Defensa de., ob cit*, pág. 335 y 336. En punto a la relación entre obstaculización de la competencia efectiva y creación o refuerzo de una posición dominante razona VALENZUELA GARACH: "En cualquier supuesto de abuso de posición dominante, la(s) empresa(s) dominante(s) podrá(n) recurrir a instrumentos diferentes de los utilizados en situaciones de competencia normal en el mercado..., con el objeto de obstaculizar la competencia efectiva o el incremento de la misma; precisamente es esa posición dominante en el mercado la que obliga a las empresas a redoblar sus esfuerzos por mantener una competencia efectiva, por lo que parece lógico exigirles una mayor responsabilidad ante cualquier obstáculo a la misma procedente de su propia actuación". Cfr. VALENZUELA GARACH, Javier; "Relaciones entre Obstaculización de la Competencia y el Concepto de Posición Dominante", en: *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, Tomo XXV, *ob cit*, pág. 475.

a) La estructura de todos los mercados relevantes.

Como tendremos la oportunidad de estudiar en el análisis de las operaciones de concentración en el sector eléctrico español, la autoridad de competencia nacional también considera cada una de las actividades del sector eléctrico como mercados independientes y, en algunos casos, se ocupa de definir conceptualmente determinados mercados en el interior de la actividad eléctrica. Asimismo, en el análisis de una concentración en este sector, también es frecuente la identificación de otros mercados que potencialmente pueden verse afectados por la concentración analizada⁶⁷².

b) La posición en los mercados de las empresas participantes, su fortaleza económica y financiera.

Respecto a la posición en los mercados de las empresas participantes en la operación, hay que tener presente que la CNC también utiliza el índice Herfindahl-Hirschman (IHH) para determinar el grado de concentración del mercado relevante involucrado en la operación⁶⁷³. Asimismo, esta autoridad evalúa las cuotas de mercado de las empresas antes de la operación, con la finalidad de proyectarlas a un escenario futuro post-

⁶⁷² Vid. Informe del Servicio de Defensa de la Competencia de 7 de noviembre de 2005, N-05082, asunto *Gas Natural/Endesa*, disponible en <http://www.cncompetencia.es/Default.aspx?TabId=116> e Informe del Servicio de Defensa de la Competencia de 13 de enero de 2005, N-04088, asunto *Shell España/Cepsa*, disponible en <http://www.cncompetencia.es/Default.aspx?TabId=116>

⁶⁷³ Vid. Informe del Tribunal de Defensa de la Competencia de 17 de mayo de 2000, asunto *Unión Fenosa/Hidroeléctrica del Cantábrico*, C54/00, disponible en <http://www.cncompetencia.es/Default.aspx?TabId=116>

concentración y así disponer de elementos de juicio para determinar si se crean o refuerzan posiciones de dominio⁶⁷⁴.

*c) La competencia real o potencial de las empresas situadas dentro o fuera del territorio nacional.

En relación a los efectos de una concentración en el mercado, como ya hemos indicado en el capítulo anterior, los mismos pueden ser de tres tipos: efectos horizontales, efectos verticales y de conglomerado. Por ejemplo, al contemplar los efectos de carácter horizontal que se pueden producir en una concentración en el sector eléctrico, hay que tener en cuenta la tendencia de los mercados energéticos a organizarse en torno a estructuras industriales concentradas en las que los operadores principales gozan de posiciones de dominio que -en ocasiones- facilitan la tendencia al ejercicio del poder de mercado. Por consiguiente, en la evaluación de una concentración en este sector, resulta fundamental tener en cuenta los efectos de la operación sobre los competidores reales o potenciales⁶⁷⁵, a la luz del tipo de estructura industrial que presente el sector eléctrico afectado por la operación.

⁶⁷⁴ Respecto a la evaluación de las cuotas de mercado, la autoridad de competencia toma en consideración las cuotas de mercado de las empresas participantes en la operación antes de la operación, la cuota de mercado conjunta después de la operación y el porcentaje en el que se incrementa la cuota de mercado resultante tras la operación. *Vid.* BELLO MARTIN-CRESPO, María Pilar; "Control de Concentraciones de Empresas", en: *Derecho de la Libre Competencia*..., *ob cit*, pag.396.

⁶⁷⁵ *Vid.* Informe del Servicio de Defensa de la Competencia de 7 de noviembre de 2005, N-05082, asunto *Gas Natural/Endesa*, disponible en <http://www.cncompetencia.es/Default.aspx?TabId=116>. En el análisis de los efectos de la operación sobre las condiciones de competencia en el mercado también hay que resaltar que en las operaciones ejecutadas en el sector eléctrico, cobra una gran importancia determinar la probabilidad de que después de la operación se puedan presentar comportamientos colusivos. La determinación de la existencia de riesgos de coordinación se establece teniendo en cuenta los incentivos que podrían tener las empresas para "actuar de forma coordinada entre sí, independientemente de otros competidores de menor importancia y de sus clientes o

d) Las posibilidades de elección de los proveedores y de los consumidores, su acceso a las fuentes de suministro y/o a los mercados.

En materia de evaluación de concentraciones en el sector eléctrico es frecuente encontrar menciones al desarrollo del proceso de liberalización de los mercados eléctricos y, en particular, a las posibilidades reales de los usuarios de elegir libremente suministrador. Esta posibilidad varía de país a país, según el desarrollo del proceso de incorporación de la normativa comunitaria por parte de los países miembros.

En cuanto a las posibilidades del usuario para elegir libremente suministrador, el proceso de liberalización ha encontrado dificultades derivadas, por ejemplo, de retrasos en la incorporación de la normativa comunitaria y de la existencia, durante muchos años, de áreas de servicio exclusivo dominadas por un operador principal. Esta última circunstancia, sumada a la falta de divulgación de la información, dificulta que el usuario del servicio eléctrico, en especial el usuario doméstico, se interese y conozca plenamente sus derechos y posibilidades en materia de cambio de suministrador.

Esta problemática no ha sido ajena al desarrollo del proceso de liberalización del sector eléctrico en España. En consecuencia, en determinadas operaciones de concentración, la autoridad nacional de competencia ha prestado especial interés a las posibilidades reales de los usuarios para elegir libremente su suministrador. En este sentido, destacamos la importancia de las últimas reformas introducidas por la Ley 17/2007, que modifica la

proveedores". Cfr. BARRANTES, Begoña; "De las Concentraciones Económicas", en: *Derecho Español de.....*, ob cit, pág. 320

LSE, en especial en relación al desarrollo de la actividad de comercialización, el desmonte del sistema tarifario, el desarrollo de la tarifa de último recurso, etc⁶⁷⁶.

En relación a las tarifas del sistema eléctrico español, es necesario destacar la necesidad de que la tarifa incorpore todos los costos de prestación del servicio; característica de la cual adolece el sistema tarifario en España y que es uno de los principales problemas para el desarrollo de la competencia en el sector. Como bien lo explica SALINAS LA CASTA, “Los escollos para el desarrollo de la competencia en el sector eléctrico se han derivado fundamentalmente de la existencia de graves distorsiones regulatorias en el sistema tarifario, que han configurado un precio regulado final que no recoge todos los costes, produciéndose un enorme déficit tarifario, y la inexistencia de incentivos para que los consumidores acudan al mercado, debido a que las comercializadoras, obligadas a comprar en el mercado la energía más cara que el coste de energía incluido en las tarifas, no pueden ofrecer a los consumidores precios finales inferior a la tarifa... Tal situación debería mejorar de forma definitiva con la desaparición del sistema tarifario integral y la existencia de tarifas residuales de último recurso (TUR) en la medida que estas comprendan la totalidad de los costes..”⁶⁷⁷.

e) La existencia de barreras de entrada.

Como ya hemos mencionado, el sector eléctrico se caracteriza por la presencia de importantes barreras de entrada como la importante magnitud económica de las inversiones necesarias, el riesgo regulatorio, los frecuentes esquemas de integración

⁶⁷⁶ Vid. NEBREDÁ PEREZ, Joaquín María; GONZÁLEZ VARAS IBAÑEZ, Santiago; PASTOR RIDRUEJO, Luis; SALINAS LA CASTA, Eduardo y otros; “*Comentarios a la Ley de Reforma del Sector Eléctrico (Ley 17 de 2007)*”, Editorial Thomson Civitas, Navarra, 2007.

⁶⁷⁷ Cfr. SALINAS LA CASTA, Eduardo; “El Mercado Sectorial de la Energía: Visión desde el Regulador Sectorial”, en: *Crisis Económica y Política de la Competencia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, pág.124.

vertical, etc⁶⁷⁸. En materia de concentraciones, el estudio de las barreras de entrada es determinante a la hora de establecer el grado de poder de mercado de la empresa resultante de la concentración y, en consecuencia, “su idoneidad para crear una situación de dominancia u obstaculizar de cualquier forma la competencia efectiva en el mercado relevante”⁶⁷⁹.

f) La evolución de la oferta y de la demanda de los productos y/o servicios objeto de análisis.

Un componente importante de la evaluación de concentraciones en el sector eléctrico es la valoración de los datos sobre el comportamiento presente de la oferta y de la demanda. También se encuentran predicciones acerca de la tendencia del comportamiento futuro de estas dos variables. Esta valoración se hace, naturalmente, conforme a un mercado relevante específico, por ejemplo el mercado mayorista de electricidad, el mercado minorista, el mercado de producción (térmica, nuclear, hidroeléctrica, etc), etc.

g) El poder de negociación de la demanda o de la oferta y su capacidad para compensar la posición en el mercado de las empresas afectadas.

En la actualidad puede afirmarse que el poder de negociación de la demanda de los usuarios domésticos o comerciales (con bajos consumos) es bastante limitado, debido a que, como ya hemos mencionado, no se ha consolidado el proceso de liberalización en materia de libre elección del suministrador. No ocurre así cuando hacemos referencia al poder de negociación de grandes consumidores, quienes conocen los avances del proceso

⁶⁷⁸ Vid. Informe del Servicio de Defensa de la Competencia de 7 de noviembre de 2005, N-05082, *Gas Natural/Endesa*, disponible en <http://www.cncompetencia.es/Default.aspx?TabId=116>

⁶⁷⁹ Cfr. VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio; “Las Barreras de Entrada y su Relevancia para el Derecho de la Competencia”, en: *Revista de Derecho de la...*, ob cit, pág. 33.

de liberalización y, en consecuencia, asumen activamente su poder de negociación con comercializadores, productores, etc.

h) Las eficiencias económicas derivadas de la operación de concentración.

En la valoración de las concentraciones es determinante establecer si a raíz de la operación “se producen eficiencias que puedan compensar los efectos restrictivos para la competencia que se derivan de la concentración”⁶⁸⁰. Así pues, la evaluación de las concentraciones en el sector energético, debe ser un proceso dinámico e integral, incluya los beneficios para la industria y/o para los usuarios, derivados de las eficiencias de la operación⁶⁸¹.

A raíz del proceso de liberalización del gas y la electricidad, mediante las concentraciones empresariales, las empresas energéticas persiguen -entre otros- la

⁶⁸⁰ Cfr. BARRANTES, Begoña; “De las Concentraciones Económicas”, en: *Derecho Español de....*”, *ob cit*, pág. 272. La teoría de la competencia fija tres escenarios posibles en el análisis de las eficiencias derivadas de una operación de concentración: a) Ignorarlas de tal forma que no tengan ninguna relevancia en la evaluación de la concentración; b) Valorarlas negativamente en el sentido de que, para la autoridad de competencia, a raíz de la concentración, una empresa se hace demasiado eficiente, de tal forma que existe el riesgo de que los demás competidores sean eliminados del mercado; c) Valorarlas positivamente en el sentido de que la concentración, aunque genere problemas de competencia, puede ser aprobada debido a las importantes eficiencias que se derivan de ella. Vid ODRIOZOLA, Miguel e IRISSARRY, Belén; “El Argumento de las Eficiencias Económicas en el Ámbito del Control de Concentraciones. ¿Un Nuevo Desafío o una Misión Imposible?; en: *Anuario de la Competencia 2005*, *ob cit*, pág. 250.

⁶⁸¹ Para CALVIÑO, Nadia, en general, el Tribunal de Defensa de la Competencia se ha apartado de valorar las eficiencias de forma inflexible y cuantitativa, para asumir una valoración más cualitativa “en el que las eficiencias sin duda han jugado un papel no tanto para optar entre la autorización y la prohibición de una operación como para determinar las condiciones bajo las cuales esta puede ser autorizada”. Cfr. “Algunas Reflexiones para el Debate sobre el Tratamiento de las Eficiencias en el Análisis de las Concentraciones Empresariales”, en: *Anuario de la Competencia 2002*, *ob cit*, pág. 88.

obtención de beneficios derivados de economías de alcance. Gracias a este tipo de economías, es posible reducir costes mediante la producción conjunta de un bien distinto. De ahí que una empresa de electricidad puede justificar una concentración con una empresa de gas, o viceversa⁶⁸², ante la perspectiva de convertirse en el futuro en una empresa “*multiutility*” que preste simultáneamente los dos servicios⁶⁸³.

Ahora bien, en los procesos de concentración, las empresas eléctricas han argumentado que de la operación se pueden derivar eficiencias como nuevas inversiones (o mejoras) en infraestructuras, ahorro de costes, modernización de activos, beneficios para los consumidores como la mejora en la calidad del servicio, mejoras medioambientales como el soterramiento de redes de electricidad, etc.

Respecto al reconocimiento de estas eficiencias en la evaluación de concentraciones, hay que tener en cuenta que deben ser invocadas por el notificante y deben beneficiar a los consumidores, deben ser inherentes a la concentración y deben ser verificables⁶⁸⁴.

⁶⁸² La paulatina convergencia de los mercados del gas y la electricidad (hoy una realidad) había sido puesta de manifiesto por diferentes autores que resaltaban la importancia que este proceso tendría en la estrategia y en la política de las empresas del sector. *Vid.* RODRIGUEZ SOLER, Javier; “Una Visión desde la Empresa: Estrategia y operaciones de Concentración en el Sector Eléctrico”, en: *Anuario de la Competencia 2002*, *ob cit*, pág. 154.

⁶⁸³ *Vid.* CALVIÑO, Nadia; “Algunas Reflexiones para el Debate sobre el Tratamiento de las Eficiencias en el Análisis de las Concentraciones Empresariales”, en: *Anuario de la Competencia 2002*, *ob cit*, pág. 70.

⁶⁸⁴ *Vid.* Artículo 6, Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, disponible en http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=2008/03646 y apartado 76 y ss, Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas, publicado en el DOUE C 031 de 05 de febrero de 2004 pág. 5 -18, disponible en [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52004XC0205\(02\):ES:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52004XC0205(02):ES:HTML)

Por último, hay que destacar que los criterios de defensa de la competencia⁶⁸⁵ anteriormente mencionados, no tienen un carácter taxativo. Por esta razón, merece la pena destacar los comentarios de JIMENEZ y POSADA, exhortando a que en el análisis de concentraciones, la autoridad nacional de competencia (además del enfoque cualitativo de evaluación) también emplee técnicas cuantitativas que permitan una “mejor valoración de los posibles efectos de las operaciones de concentración”⁶⁸⁶.

Sobre la utilización de estas técnicas, DEL GUAYO, LOPEZ y HANCHER, destacan que, en los últimos años, el análisis de competencia en los mercados eléctricos “se ha enriquecido a través de la utilización de modelos más sofisticados, con los que se intenta representar el funcionamiento del mercado, con la finalidad de obtener referencias para una comparación ex -post, o de efectuar simulaciones ex -ante sobre los resultados que se pueden producir bajo distintas hipótesis”⁶⁸⁷. De acuerdo a estos autores, los modelos utilizados se pueden clasificar en dos grupos: el primero de ellos, “los que permiten determinar el precio que resultaría si todas las empresas se comportasen como precio-aceptantes (esto es, si ninguna compañía ejerciera poder de mercado)” y, en segundo lugar, “los modelos de oligopolio, que utilizan la teoría de juegos para predecir los precios del mercado (o la diferencia entre estos y los costes marginales) bajo distintas condiciones de estructura y diseño del mismo”⁶⁸⁸.

⁶⁸⁵ Vid. Artículo 10.1, Ley 15/2007, de 3 de julio, disponible en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/115-2007.t4.html#a59

⁶⁸⁶ Cfr. JIMENEZ LATORRE, Fernando y POSADA DE LA CONCHA, Pedro “Perspectiva Económica en la Valoración de Concentraciones”, en: : *La Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, ob cit*, pág. 390. En este sentido, *Vid. supra*. Apartado 2.6. del segundo capítulo.

⁶⁸⁷ Cfr. DEL GUAYO CASTIELLA, Iñigo; LÓPEZ MILLA, Julian y HANCHER, Leigh; “*Competencia y Regulación. Un Análisis de la OPA de Gas Natural sobre Endesa*”, Editorial Dilex, Madrid, 2006, pág. 46.

⁶⁸⁸ *Ibidem*.

1.5.2. Criterios de valoración del Consejo de Ministros.

1.5.2.1. Características.

El Consejo de Ministros puede intervenir en el proceso de evaluación de concentraciones en dos supuestos. En primer lugar, cuando el CCNC haya prohibido una concentración en la segunda fase del procedimiento de evaluación. Y, en segundo lugar, cuando el CCNC, también en segunda fase, haya autorizado una concentración bajo la exigencia del cumplimiento de determinadas condiciones o mediante la exigencia del cumplimiento de los compromisos propuestos por las partes notificantes⁶⁸⁹.

Ahora bien, a diferencia de los criterios de competencia utilizados por la CNC a la hora de evaluar una operación de concentración, la evaluación del Consejo de Ministros se orienta por criterios de interés general distintos a la defensa de la competencia. Estos criterios son⁶⁹⁰:

- Defensa y seguridad nacional
- Protección de la seguridad o salud pública.
- Libre circulación de bienes y servicios dentro del territorio nacional.

⁶⁸⁹ El Consejo de Ministros interviene como consecuencia de la decisión del Ministro de Economía de elevar la concentración al Consejo. Hay que tener en cuenta que todas las decisiones que toma la CCNC en la segunda fase del procedimiento son comunicadas al Ministro de Economía. *Vid.* Artículos 58, 60, Ley 15/2007, de 3 de julio, disponible en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/115-2007.t4.html#a59

⁶⁹⁰ *Vid.* Artículo 10.4, Ley 15/2007, de 3 de julio, publicada en el BOE núm. 159 de 4 de julio de 2007, disponible en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/115-2007.t4.html#a59

- Protección del medio ambiente.
- Promoción de la investigación y el desarrollo tecnológicos.
- Garantía de un adecuado mantenimiento de los objetivos de la regulación sectorial.

Este listado no es de carácter limitativo, sino que -simplemente- es un catalogo de criterios que podría fundamentar el análisis del Consejo de Ministros, sin que se excluya la aplicación de cualquier otro criterio de interés general, que no esté expresamente consagrado en la norma.

Así las cosas, como consecuencia de su intervención en el procedimiento de concentraciones, el Consejo de Ministros puede confirmar la decisión tomada por el CCNC en la segunda fase del procedimiento o también, con fundamento en cualquiera de los criterios de interés general anteriormente mencionados (o en otros), puede aprobar - con o sin condiciones- una concentración prohibida por el CCNC⁶⁹¹.

Del mismo modo, basándose en criterios de interés general, el Consejo de Ministros puede autorizar con condiciones una operación que previamente había sido autorizada

⁶⁹¹ Algunos sectores de la doctrina han identificado este esquema de intervención gubernamental con el modelo alemán de control de concentraciones. *Vid.* BERENGUER FUSTER, Luis; “Comentarios de Urgencia a la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia”, en: *La Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia, Reflexiones sobre las Principales Novedades*, Editado por el Instituto de Derecho y Ética Industrial (IDEI), Madrid, 2008, pág. 22 y BARRANTES, Begoña; “De las Concentraciones Económicas”, en: *Derecho Español de....., ob cit*, pág. 362.

por la CCNC, añadiendo nuevas condiciones y/o eliminando o modificando condiciones⁶⁹² impuestas con anterioridad por la CCNC⁶⁹³.

Sobre la facultad de intervención atribuida al Consejo de Ministros en el procedimiento de concentraciones, hay que destacar que esta intervención institucionaliza nuevamente la intervención política en el control de concentraciones empresariales, que ya existía en la Ley 16/1989 y que había sido objeto de numerosas discusiones y críticas⁶⁹⁴.

⁶⁹² Este mismo razonamiento se aplica tratándose de los compromisos presentados por las partes, es decir, el Consejo de Ministros puede modificarlos o eliminar algunos de ellos.

⁶⁹³ Vid. Artículo 60, Ley 15/2007, de 3 de julio, disponible en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/115-2007.t4.html#a59 e IGARTUA ARREGUI, Iñigo; “Criterios de Valoración: Perspectiva Legal.”, en: *La Ley 15/2007, de Defensa de...*, ob cit, pág. 338 y 339.

⁶⁹⁴ En la ley 16/1989 la intervención política en el procedimiento de control de concentraciones estaba permanentemente presente. En este sentido, en la primera fase del procedimiento, cuando el Servicio de Defensa de la Competencia consideraba que una concentración podía obstaculizar el mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado, el Ministro de Economía decidía acerca de la remisión del expediente al Tribunal de Defensa de la Competencia. En la segunda fase del procedimiento, después del informe que elaboraba el Tribunal de Defensa de la Competencia, el Consejo de Ministros tomaba la decisión final de autorizar o prohibir la concentración con fundamento en criterios de competencia y/o eficiencias. Hay que tener en cuenta que el informe que preparaba el Tribunal de Defensa de la Competencia no era vinculante para el Consejo de Ministros pero en caso de que su decisión final se apartara del informe presentado por el Tribunal, era necesario motivar justificadamente su decisión. Vid. Artículos 15, 16, 17, Ley 16/1989, publicada en el BOE núm. 170 de 18 de julio de 1989 y disponible en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Derogadas/r11-116-1989.html; RODRIGUEZ GONZÁLEZ, María José; “El Procedimiento Nacional en Materia de Control de Concentraciones entre Empresas”, en: *Derecho de la Competencia Europeo y Español*, Curso de Iniciación, Volumen VI, Servicio de Publicaciones, Editorial Dykinson, Madrid, 2005 y Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de abril de 2002, RJ 2002\9844, *Prosegur/Blindados del Norte* y Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2005, RJ 2006\107, *Canal Satélite Digital/Vía Digital*. Sentencias disponibles en <http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>

En efecto, durante el proceso de elaboración de la nueva LDC, determinadas instituciones públicas, privadas y parte importante de la doctrina⁶⁹⁵ estaban de acuerdo en la necesidad de limitar al máximo (o mejor aún, eliminar) cualquier medio de intervención política en el procedimiento de control de concentraciones, con el ánimo de alcanzar en la nueva LDC la anhelada independencia del sistema.

En este sentido, por ejemplo, el Consejo Económico y Social manifestaba que las decisiones del Consejo de Ministros en materia de concentraciones deberían tener un

⁶⁹⁵ Entre los principales trabajos que comentaban la reforma del sistema español de concentraciones, con referencias, entre otros aspectos, a la intervención política en el sistema de control *Vid.* CONSEJO ECONOMICO Y SOCIAL; “*Dictamen de 26 de abril de 2006 sobre el Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia*”, disponible en <http://www.ces.es/dictamenes/2006/Dic072006.pdf>; MINISTERIO DE ECONOMIA Y HACIENDA; “*Libro Blanco para la Reforma del Sistema Español de Defensa de.....*”, *ob cit*; OBSERVATORIO DE POLITICA DE COMPETENCIA DEL INSTITUTO DE EMPRESA, “*Observaciones al Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia*”, 29 de marzo de 2006, dispositiva 47, presentación disponible en <http://www.ie.edu/documentos/OPC.pdf>; SANCHEZ GRAELLS, Alberto; “*La Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia. La Intervención del Gobierno en el Control de Concentraciones Económicas*”. Documento de Trabajo, Serie Política de la Competencia, Numero 21/2006, Instituto Universitario de Estudios Europeos, CEU Ediciones, 2006, pág. 13, disponible en http://www.idee.ceu.es/access.php?file=/secure/docs/publicaciones/DocumentosTrabajo/docu%2021_06%20%28fin%20al%29%20%20%28AS%20El%20nchezGraells%29.pdf; BROKELMANN, Helmut; “*La Reforma del Régimen de Control de Concentraciones en el Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia*”, en: *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, numero 241, Editorial Multimedia Einsa, Madrid, 2006, pág. 89; JIMENEZ-LAIGLESIA, Juan y JIMENEZ-LAIGLESIA, José; “*Reforma del Sistema de Control de Concentraciones de Empresas*”, en: *Estudios de Derecho de la Competencia*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2005, pág. 327; TOBIO RIVAS, Ana M; “*El Libro Blanco para la Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia: Líneas Directrices de una Nueva Normativa Española de Defensa de la Competencia*”, en: *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, Instituto de Derecho Industrial, Universidad de Santiago de Compostela, Marcial Pons, Tomo XXV, 2004-2005, Santiago de Compostela, pág. 299 y ALLENDESALAZAR CORCHO, Rafael; “*Procedimiento de Control de Concentraciones en España. Balance y Algunas Propuestas de Mejora.*”, en: *Control de Concentraciones Empresariales, Reforma de las Normativas Comunitaria y Española. Análisis Sectorial*, Editorial Dickinson, Madrid, 2005, pág. 59.

carácter excepcional⁶⁹⁶. Para el Instituto de Empresa la intervención del Consejo de Ministros en el control de concentraciones debía desaparecer por completo de tal forma que este control se desarrollara atendiendo de forma exclusiva a la aplicación de criterios técnicos, relativos al funcionamiento competitivo de los mercados⁶⁹⁷; posición que también compartía el Profesor Sánchez Graells haciéndola extensiva a la intervención del Ministerio de Economía⁶⁹⁸.

Ahora bien, las críticas a la intervención política en el control de concentraciones no solamente se dirigían hacia la institucionalización de esta intervención en la LDC, sino que también se centraban en el hecho de que la evaluación de la concentración por parte del Consejo de Ministros se fundamentaba en criterios de interés general, un concepto subjetivo, indeterminado y susceptible de ajustarse a un abanico infinito de valoraciones según las circunstancias. Además, se cuestionaba que los criterios de interés general reflejados en el artículo 10 de la LDC, hacían parte de un listado abierto, simplemente ejemplificativo y que no se excluía la aplicación de otros criterios que pudiesen considerarse relacionados con el interés general por el Gobierno de turno⁶⁹⁹.

⁶⁹⁶ Vid. CONSEJO ECONOMICO Y SOCIAL, “*Dictamen de 26 de abril de 2006 sobre el Anteproyecto de Ley de Defensa de.....*”, *ob cit*, pág. 11.

⁶⁹⁷ Vid. OBSERVATORIO DE POLITICA DE COMPETENCIA DEL INSTITUTO DE EMPRESA; “*Observaciones al Anteproyecto de Ley de.....*”, *ob cit*, dispositiva 47 y 48.

⁶⁹⁸ En palabras de este autor “..la propuesta del proyecto de LDC puede debilitar la independencia de la futura CNC, en esta materia y, por tanto, su credibilidad frente a los operadores económicos. Por tanto, de *legeferenda*, consideramos muy conveniente la supresión de la intervención del Gobierno –i.e. tanto del Ministro de Economía y Hacienda como del Consejo de Ministros- del procedimiento de control de operaciones de concentración económica. Cfr. SANCHEZ GRAELLS, Alberto; “*La Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia. La Intervención del Gobierno en....*”, *ob cit*, pág. 25.

⁶⁹⁹ En este sentido, el Consejo de Estado, mediante dictamen emitido el 20 de julio de 2006, criticaba el listado de criterios consagrado en el artículo 10 de la LDC, al considerar que se trataba de una enumeración abierta y que, en consecuencia, sería más acertado establecer un sistema de *numerus clausus*. Para este organismo, criterios como el

1.5.2.2. Críticas a la intervención política en el control de concentraciones.

A nuestro juicio, la consagración normativa de la intervención política en el sistema de control de concentraciones ha sido desafortunada por diversas razones:

A) De acuerdo con el Preámbulo de la LDC, la misma se sustenta en cinco principios fundamentales, entre los cuales destacamos los dos siguientes: la garantía de la seguridad jurídica de los operadores económicos y la independencia en la toma de decisiones. En este sentido, la intervención del Gobierno en el control de las concentraciones económicas, es una actuación que -a nuestro entender- resulta incompatible con los dos principios anteriormente mencionados, cuya defensa persigue la LDC⁷⁰⁰.

En efecto, en los comentarios efectuados por instituciones, doctrina, etc. al Libro Blanco de reforma de la LDC⁷⁰¹, era posible identificar opiniones autorizadas -con fundamento

mantenimiento de los objetivos de la regulación sectorial era excesivamente genérico. De acuerdo con estas consideraciones, era necesario que se precisaran al máximo cada uno de los criterios de interés general que debía tomar en consideración el Consejo de Ministros a la hora de evaluar una concentración. *Vid.* CONSEJO DE ESTADO, Dictamen de 20 de julio de 2006 sobre el anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia, expediente 1080/2006, disponible en http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos_ce/doc.php?coleccion=ce&id=2006-1080

⁷⁰⁰ *Vid.* Preámbulo, Ley 15/2007, de 3 de julio, disponible en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/115-2007.t4.html#a59. La participación política en el proceso de autorización de concentraciones es un regreso a la idea de que en la normativa de competencia deben fijarse instrumentos de intervención política, que permitan al Gobierno intervenir y tomar la decisión final sobre determinadas operaciones que, en su criterio, puedan afectar al interés general. Esta intervención se entiende como una capacidad de veto, especialmente tratándose de concentraciones llevadas a cabo en sectores estratégicos.

⁷⁰¹ *Vid.* SANCHEZ GRAELLS, Alberto; “La Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia. La Intervención del Gobierno en....”, *ob cit.* pág. 25; CIRCULO DE EMPRESARIOS; “Comentarios del Circulo de Empresarios al Libro Blanco para la Reforma del Sistema Español de Defensa de la competencia”, pág. 7; JONES DAY; “Observaciones al Libro Blanco para la Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia”,

en la experiencia obtenida en la aplicación de la Ley 16/1989- sobre las desventajas que para el sistema de defensa de la competencia representaba la intervención política en la evaluación de las concentraciones empresariales⁷⁰². De hecho, en el Libro Blanco se

documento de 20 de marzo de 2005, pág. 17; OBSERVATORIO DE POLITICA DE COMPETENCIA DEL INSTITUTO DE EMPRESA, *“Observaciones y Comentarios al Libro Blanco para la Reforma del Sistema Español de Defensa de la competencia”*, documento de 17 de marzo de 2005, pags.20-21. Documentos disponibles en <http://www.cncompetencia.es/Inicio/ConocerlaCNC/Publicaciones/ComentariosalLibroBlanco/tabid/189/Default.aspx>

⁷⁰² Aunque también determinadas voces defendían a ultranza la intervención del Consejo de Ministros en el procedimiento de concentraciones y otros que respaldaban esta intervención pero con un carácter excepcional y limitado a supuestos puntualmente identificados en Ley. En efecto, a favor de esta intervención se expresaba DEL REY SALGADO en los siguientes términos: “Es totalmente imprescindible como elemento complementario a la potestad exclusiva de la Agencia para decidir sobre el tema. Si el Gobierno no pudiera vetar aquellas decisiones que pudieran afectar a la economía en general o a otros valores igualmente dignos de protección, estaría haciendo dejación de la función esencial que le corresponde de dirigir la política económica de la nación y de cuidar del interés público general...”. En el mismo sentido se pronunciaba la Asociación Española para la Defensa de la Competencia al afirmar que “Debería otorgarse al Gobierno un veto sobre la concentración aprobada por el órgano de competencia en base a causas de interés público, que deberían estar tasadas en la Ley “. *Cfr.* DEL REY SALGADO, José María; *“Comentario al Libro Blanco para la Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia”*, pág. 16; ASOCIACION ESPAÑOLA PARA LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA; *“Observaciones acerca del Libro Blanco para la Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia”*, apartado de concentraciones, considerando 7. Documentos disponibles en <http://www.cncompetencia.es/Inicio/ConocerlaCNC/Publicaciones/ComentariosalLibroBlanco/tabid/189/Default.aspx>

Por su parte, los despachos de abogados Cuatrecasas, Garrigues, Gómez-Acebo & Pombo, Martínez Lage & Asociados y Uría & Menéndez defendían el poder de veto del Consejo de Ministros, pero con carácter excepcional, en los siguientes términos: “Parece aceptable que se contemple expresamente la posibilidad de que el Consejo de Ministros pueda, con carácter excepcional y sobre la base de criterios de interés público tasados, vetar la decisión de la CNDC... existe unanimidad en recomendar que el veto del Consejo de Ministros, dado su carácter excepcional y ajeno al interés protegido por la normativa de competencia, se ejercite a través de un procedimiento específico, con unos plazos de tramitación breves y que contemple de modo expreso la audiencia a las partes de la concentración con carácter previo a la adopción de la decisión, al objeto de que éstas puedan exponer su criterio respecto del impacto que la concentración tendrá sobre el interés público que se pretenda proteger...”. *Cfr.* CUATRECASAS,

destacaba que el sistema español de análisis de concentraciones había sido identificado en ocasiones como un sistema carente de independencia, debido a la permanente intervención gubernamental en el procedimiento de control. A pesar de la identificación de este problema, en el Libro Blanco se defendía la necesidad de disponer en la nueva Ley de un derecho de veto del Consejo de Ministros, que se aplicaría con carácter excepcional y atendiendo a criterios **-claramente tasados-** que se fundasen en la defensa del interés general⁷⁰³.

Pues bien, la redacción definitiva de los artículos 10.4 y 60 de la LDC, no dejan duda acerca de la importancia política que representa el control de concentraciones. En efecto, teniendo en cuenta el papel que cumple el Consejo de Ministros en el proceso de control de concentraciones consagrado en la nueva LDC⁷⁰⁴, es evidente que la intervención del Consejo de Ministros es determinante en este proceso de control. La misma prevalece sobre la intervención de la autoridad técnica de defensa de la competencia (CNC) y, en contra de lo propuesto por buena parte de la doctrina, está lejos de tener un carácter excepcional.

Así las cosas, como ya hemos indicado, la intervención política con fundamento en criterios de interés general distintos a la defensa de la competencia, aumenta los

GARRIGUES, GÓMEZ-ACEBO & POMBO, MARTÍNEZ LAGE & ASOCIADOS y URÍA & MENÉNDEZ, *"Comentarios Conjuntos al Libro Blanco para la Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia"*, documento de 17 de marzo de 2005, págs. 21-22, disponible en <http://www.cncompetencia.es/Inicio/ConocerlaCNC/Publicaciones/ComentariosalLibroBlanco/tabid/189/Default.aspx>.

⁷⁰³ Vid. MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA; *"Libro Blanco para la Reforma del Sistema Español de Defensa de....."*, ob cit, apartado 180, pág. 70 y 74.

⁷⁰⁴ El texto aprobado de la nueva LDC, proviene -en su gran mayoría- de la propuesta elaborada en el Libro Blanco para la reforma al Sistema Español de Defensa de la Competencia.

márgenes de discrecionalidad del Gobierno a la hora de evaluar concentraciones empresariales y, además, puede dificultar el control sobre la motivación de sus decisiones cuando se aparte del criterio de la CNC⁷⁰⁵.

En este sentido, es necesario defender la proporcionalidad en el ejercicio de las facultades del Consejo de Ministros a la hora de evaluar una concentración. Al no existir claridad sobre las condiciones de aplicación de los criterios de interés general que sustentan la intervención política, es necesario defender la proporcionalidad que debe orientar la evaluación del Consejo de Ministros cuando, en el análisis de una concentración, valore

⁷⁰⁵ En efecto, el deber de motivación podría no ser exigible teniendo en cuenta que sus decisiones no se fundamentan en la defensa de la competencia sino en criterios de interés general. *Vid.* BARRANTES, Begoña; “De las Concentraciones Económicas”, en: *Derecho Español de....*, *ob cit*, pág. 362 y BELLO MARTIN-CRESPO, María Pilar; “Control de Concentraciones de Empresas”, en: *Derecho de la Libre Competencia.....*, *ob cit*, pag.398 y 399.

En punto a este aspecto, hay que tener presente que bajo la vigencia de la Ley 16/1989, gracias a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, los acuerdos del Consejo de Ministros, cuando se manifestaban de manera contraria a lo dispuesto por el dictamen del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), debían estar suficientemente motivados, en especial respecto a las razones por las cuales se apartaba del criterio del TDC. De esta manera se limitaba la discrecionalidad del Consejo de Ministros a la hora de tomar decisiones en materia de concentraciones. En este sentido, destacamos el Fundamento de Derecho cuarto de la Sentencia *Prosegur/Blindados del Norte*, que dispuso: “Si el Consejo de Ministros, a la vista del dictamen emitido por aquel órgano (**refiriéndose al Tribunal de Defensa de la Competencia**), quiere separarse de él, ha de explicar concretamente por qué adopta esa decisión, de modo que la motivación exigible no es sólo la general relativa al acto sino la específica relativa a la discrepancia con el órgano consultivo...”. De igual forma, el Tribunal delimitaba la discrecionalidad del Consejo de Ministros a la hora de sujetar a condiciones la aprobación de una concentración cuando afirmaba en el Fundamento de Derecho séptimo: “En la medida en que las condiciones no respondan a la finalidad que la Ley 16/1989 les asigna, o restrinjan indebidamente, más allá de lo necesario, las facultades de las empresas para decidir su política empresarial en un marco de libre competencia, dichas condiciones no serán válidas”. *Cfr.* Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de abril de 2002, RJ 2002\9844, *Prosegur/Blindados del Norte*. Respecto a esta asunto también hay que tener presente la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2005, RJ 2006\107, *Canal Satélite Digital/Via Digital*. Sentencias disponibles en <http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>.

la afectación de un criterio de interés general y la afectación del mantenimiento de la competencia efectiva⁷⁰⁶.

Además, respecto a la intervención del Consejo de Ministros con fundamento en criterios de interés general⁷⁰⁷, surgen interrogantes como ¿Que otros intereses no mencionados en la LDC pueden justificar la intervención en la evaluación de una concentración por parte del Consejo de Ministros?; ¿Cual es la definición valida de cada uno de estos intereses, a efectos de justificar la intervención gubernamental en la evaluación de una concentración?; ¿Qué tipo de afectación es necesaria o suficiente para que este órgano político modifique una decisión de la CNC?; ¿Bajo qué criterios se sopesarán los intereses generales afectados en relación con la afectación de la competencia efectiva?⁷⁰⁸.

⁷⁰⁶ Vid. IGARTUA ARREGUI, Iñigo; “Criterios de Valoración: Perspectiva Legal.”, en: *La Ley 15/2007, de Defensa de...*, ob cit, pág. 341. En la práctica, la proporcionalidad en la decisiones del Consejo de Ministros impide que, por ejemplo, “afectaciones menores de un interés general sean suficientes para que el Consejo de Ministros apruebe una operación que obstaculiza gravemente el mantenimiento de una competencia efectiva” o para que la afectación mayor de un interés general derive en la imposición de condiciones gravosas para una concentración que no obstaculiza gravemente el mantenimiento de la competencia efectiva. Cfr. IGARTUA ARREGUI, Iñigo; “Criterios de Valoración: Perspectiva Legal.”, en: *La Ley 15/2007, de Defensa de...*, ob cit, pág. 342.

⁷⁰⁷ Vid. OBSERVATORIO DE POLITICA DE COMPETENCIA DEL INSTITUTO DE EMPRESA, “Observaciones y Comentarios al Libro Blanco...”, ob cit, pág. 22.

⁷⁰⁸ Sobre esta problemática, la postura del Instituto de Empresa –con la que estamos de acuerdo– ha sido la siguiente: “...la definición de interés general es demasiado abstracta y muy poco detallada: ¿Bajo qué circunstancias exactas se puede alegar la defensa del interés general? ¿En qué sectores? ¿Qué criterios se utilizarán para medir el supuesto daño a este interés general? Ante esta indefinición creemos que en la práctica la citada salvaguarda puede convertirse en una caja negra que puede ser aplicada para defender prácticamente cualquier decisión en un sentido o en otro a discreción del Consejo de Ministros. Ello genera inseguridad jurídica y aumenta los costes del sistema como se ha explicado antes. Además, cualquier intento de detallar en qué consisten esos intereses generales está abocado al fracaso, ya que resulta extremadamente complejo fijar y enumerar con carácter previo y definitivo las posibles manifestaciones del interés general...”. Cfr. OBSERVATORIO DE POLITICA DE COMPETENCIA DEL INSTITUTO DE EMPRESA, “Observaciones y Comentarios al Libro Blanco...”, ob cit, pág. 22.

A nuestro juicio, la defensa de los intereses generales como justificación de la intervención política en el control de concentraciones no es aceptable puesto que la necesidad de adoptar medidas en defensa de estos intereses, como -tratándose del sector eléctrico, la seguridad del suministro, su confiabilidad, etc- puede ser puesta de relieve por la autoridad sectorial en el informe que puede presentar a la CNC en el procedimiento de control de una concentración.

B) El modelo de intervención política en la nueva LDC genera mayores inquietudes en las concentraciones de empresas llevadas a cabo en sectores considerados estratégicos, como el sector eléctrico. En España, en las concentraciones de empresas en este sector, hemos tenido la oportunidad de presenciar intervenciones gubernamentales que en más de una ocasión, han terminado con polémicas decisiones políticas⁷⁰⁹, contrarias a la lógica del Derecho de la competencia y a la dinámica del mercado energético nacional.

Hay que recordar que, estadísticamente, los casos en los cuales el Gobierno se ha apartado de la decisión de la autoridad técnica de competencia son escasos. Ahora bien, es innegable que buena parte de estos casos se han presentado en operaciones de concentración en el sector eléctrico. A nuestro entender, no pueden admitirse los

Todos estos interrogantes nos llevan a coincidir con la opinión de SANCHEZ GRAELLS (*"La Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia. La Intervención del Gobierno en...."*, ob cit, pág. 20) cuando afirma: "Así, realmente, el Libro Blanco no apostaba por un refuerzo de la independencia de las autoridades de defensa de la competencia, sino que abogaba por la ampliación de la discrecionalidad del Consejo de Ministros en su intervención en procedimientos de control de concentraciones. Al proponer que el Gobierno no se viera constreñido a adoptar sus decisiones conforme criterios de competencia o en la aportación al progreso económico y social de la concentración, sino que pueda (*rectius*, deba) basarse exclusivamente en razones de interés general distintas de la defensa de la competencia, el Libro Blanco negaba toda efectividad a los límites a la discrecionalidad gubernamental que en el mismo se habían identificado."

⁷⁰⁹Decisiones a las que haremos referencia en el apartado tercero del presente capítulo.

argumentos que minimizan esta intervención política basándose en su escasa importancia estadística, toda vez que esta intervención, tratándose de algunas concentraciones muy importantes del sector eléctrico español, ha dado un giro radical al desenlace de estas operaciones y han tenido consecuencias directas en el desarrollo del mercado energético nacional⁷¹⁰.

C) Es preocupante que en la LDC se haya consagrado expresamente, como uno de los criterios de interés general que justifican la evaluación de una concentración por parte del Consejo de Ministros, la garantía de un adecuado mantenimiento de los objetivos de la regulación sectorial. Esta preocupación cobra mayor importancia al tratarse de concentraciones llevadas a cabo en el sector eléctrico puesto que es un sector estratégico regulado. En este sentido, cuando el Consejo de Ministros evalúe una concentración de empresas sobre la base del mantenimiento de los objetivos de la regulación sectorial, surgen los siguientes interrogantes: ¿Para el Gobierno, cuáles son las condiciones adecuadas para mantener los objetivos de la regulación sectorial?; ¿Mediante que criterios se valoran estos objetivos respecto al mantenimiento de la competencia efectiva?; ¿Por qué tiene que intervenir el Gobierno en el mantenimiento de los objetivos de un sector económico determinado si la CNC previamente ha tomado una decisión

⁷¹⁰ El modelo español de intervención política en el control de concentraciones debe también analizarse teniendo en cuenta el contexto europeo de intensos movimientos corporativos en el sector energético en el que las principales empresas del sector buscan estar presentes en nuevos mercados. En este contexto se observa una tendencia intervencionista de algunos gobiernos europeos que se manifiesta en dos tendencias. La primera es el mantenimiento de un poder de veto en el proceso de autorización de concentraciones. Y la segunda son las objeciones, trabas, etc, que se formulan a la adquisición de una empresa nacional, activa en un sector estratégico local (energía, telecomunicaciones, etc), por parte de un operador extranjero. En este sentido coincidimos con ARIÑO y LOPEZ DE CASTRO (*Vid. Derecho de la Competencia en...., ob cit*, pág. 340) cuando sostienen que “..la mayoría de los Gobiernos europeos ven con malos ojos el proceso inverso, es decir, la compra de empresas nacionales por grupos extranjeros (aunque sean intracomunitarios, de otros Estados Miembros de la Unión Europea) lo que contradice los vientos de liberalización y también el Tratado de la Unión. Es el *nuevo nacionalismo, favorecedor de los “national champions”*, para lo cual el Gobierno interviene –de mil formas- en las operaciones de reestructuración empresarial, de forma que la sede de las grandes empresas se mantenga en el territorio nacional..”.

técnica teniendo en cuenta el respectivo informe que la autoridad sectorial (CNE, CMT, etc) le ha remitido durante el proceso de evaluación⁷¹¹?. En nuestra opinión, el modelo de intervención gubernamental fijado en la LDC no contesta a los interrogantes anteriormente planteados y abre la puerta para que desde el procedimiento de control de concentraciones se regule *ad hoc* el sector estratégico involucrado en la operación.

D) En punto a la pérdida de independencia de la autoridad técnica de defensa de la competencia, siguiendo lo expuesto por SÁNCHEZ GRAELLS, en la práctica, bajo el modelo de intervención gubernamental fijado en la LDC -y con mayor razón en operaciones llevadas a cabo en sectores estratégicos- se corre el riesgo de que en situaciones de intensa presión política, se tomen decisiones extremas, por parte de la CNC o por parte del Consejo de Ministros. Así sucedería, por ejemplo, en situaciones en las cuales el Gobierno tenga interés de intervenir debido a la importancia política de la concentración. En estos casos, se corre el riesgo de que la CNC pueda responder a la presión del gobierno aprobando la concentración sin la imposición de condiciones excluyendo así la intervención del Consejo de Ministros. De esta manera, la CNC renunciaría a aprobar la concentración imponiendo condiciones moderadas, con la finalidad de que el Consejo de Ministros no pueda intervenir posteriormente imponiendo condiciones severas que lesionen los intereses de los consumidores y del sector económico afectado⁷¹².

En otro escenario, cuando políticamente se haya decidido prohibir una concentración, el Gobierno podría presionar a la CNC para que prohibiese la operación en lugar de

⁷¹¹ Vid. MARCOS, Francisco y SÁNCHEZ GRAELLS, Albert; “El Control de Concentraciones en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia”; en: *Derecho de la.....*, ob cit, pág. 145.

⁷¹² Vid. SANCHEZ GRAELLS, Alberto; “La Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia. La Intervención del Gobierno en....”, ob cit, pág. 23.

aprobarla mediante la imposición de condiciones severas. De este modo se evitaría una polémica intervención expresa del Consejo de Ministros, especialmente en situaciones en las que no existe claridad sobre la existencia de criterios de interés general que justifiquen una decisión de este órgano político⁷¹³.

E) Para terminar hay que tener presente que la intervención del Consejo de Ministros en el proceso de evaluación de concentraciones, puede resultar inaplicable en aquellos supuestos de remisión de una concentración por parte de las autoridades comunitarias a las autoridades nacionales⁷¹⁴. En efecto, el artículo 9.8 del Reglamento Comunitario de Concentraciones establece: “Para la aplicación del presente artículo, el Estado miembro de que se trate sólo podrá adoptar las medidas estrictamente necesarias para preservar o restablecer la competencia efectiva en el mercado en cuestión”. En consecuencia, en casos de remisión, la intervención del Consejo de Ministros podría ser improcedente puesto que esta intervención gubernamental se sustenta en criterios de interés general, contradiciendo lo dispuesto en el artículo 9.8. del Reglamento 139/2004⁷¹⁵.

⁷¹³ *Ibidem*.

⁷¹⁴ Conforme establece el artículo 4.4. y en el artículo 9 del Reglamento Comunitario de Concentraciones. *Vid.* Artículo 4.4. y artículo 9, Apartado 2, Artículo 2, Reglamento (CE) n° 139/2004, de 20 de enero de 2004, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004R0139:ES:HTML>

⁷¹⁵ Tesis sustentada en virtud de la aplicación del Principio de Primacía del Derecho Comunitario. No obstante, conforme a la excepción prevista en el artículo 21.4 del Reglamento Comunitario de Concentraciones, el Consejo de Ministros podría intervenir excepcionalmente en el control de una concentración remitida a España, cuando se justifique la intervención por motivos de seguridad pública, pluralidad de los medios de comunicación y/o normas prudenciales; o cuando la Comisión Europea haya reconocido, previamente a la intervención del Consejo de Ministros, cualquier otro interés general diferente de los tres anteriormente citados. *Vid.* Artículo 21.4, Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004R0139:ES:HTML> y BARRANTES, Begoña; “De las Concentraciones Económicas”, en: *Derecho Español de....*”, *ob cit*, pág. 364 y 365.

2. Procedimiento de control de concentraciones en la LDC.

A continuación haremos referencia a los aspectos generales más importantes del procedimiento de control de concentraciones consagrados en la LDC. A tal efecto, dividiremos el estudio de este procedimiento en tres momentos diferenciados: la notificación, la primera fase de evaluación y la segunda fase de evaluación.

2.1. Notificación.

El inicio del procedimiento de control de una concentración tiene lugar cuando las empresas involucradas en la concentración notifican a la CNC la concentración proyectada⁷¹⁶. Esta notificación se puede efectuar mediante cualquiera de los formularios oficiales previsto a tales efectos⁷¹⁷. De esta manera las partes cumplen con el deber legal de notificación obligatoria, previsto en el artículo 9.1. de la LDC⁷¹⁸. Debe reiterarse, que

⁷¹⁶ La notificación se puede realizar a partir del momento en el que existe un proyecto o un acuerdo de concentración. Por ejemplo, en los casos de adquisición del control, existe un proyecto o acuerdo de concentración, desde el momento en que los partícipes consienten en realizar la operación que origina la concentración y determinan la forma, el plazo y las condiciones en que va a ejecutarse. En este sentido, si las empresas participantes son sociedades, se considerará que el acuerdo existe cuando haya sido adoptado por el órgano de administración, aunque fuera necesaria su adopción o ratificación posterior por otro órgano societario. Como hemos indicado anteriormente, si se trata de una oferta pública de adquisición, habrá un proyecto o acuerdo si existe un acuerdo del consejo de administración de las empresas oferentes y se ha anunciado públicamente su intención de presentar la oferta. *Vid.* Artículo 54, Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, disponible en http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=2008/03646.

⁷¹⁷ *Vid.* Artículo 56, Anexo II y anexo III del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero y artículo 55.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio. Normas disponibles en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/l15-2007.t4.html#a59 y en http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=2008/03646

⁷¹⁸ Artículo que dispone: “1. Las concentraciones económicas que entren en el ámbito de aplicación del artículo anterior deberán notificarse a la Comisión Nacional de la Competencia previamente a su ejecución”. *Cfr.* Artículo

la obligación de notificación está prevista para las partes que intervienen en operaciones que se ajustan al concepto de concentración establecido en el artículo 7 de la LDC y que alcanzan los umbrales económicos señalados en el artículo 8 de esta norma⁷¹⁹.

En este orden de ideas, la obligación de notificación recae específicamente sobre los siguientes sujetos⁷²⁰:

- Conjuntamente, sobre las partes que intervienen en una fusión, en la creación de una empresa en participación o en la adquisición del control conjunto sobre la totalidad o parte de una o varias empresas.
- Individualmente, sobre la parte que adquiere el control exclusivo sobre la totalidad o sobre parte de una o varias empresas.

Ahora bien, cabe destacar que la LDC consagra la posibilidad de que las partes establezcan comunicación con la CNC, previamente a la notificación y a modo de consulta, en relación a la naturaleza de la concentración y/o a la superación de los umbrales mínimos de notificación obligatoria⁷²¹. En caso de que la CNC, determine que

9.1, Ley 15/2007, de 3 de julio, disponible en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/115-2007.t4.html#a59

⁷¹⁹ *Vid. Supra*. Apartados 1.1. al 1.4. del presente capítulo.

⁷²⁰ *Vid.* Artículo 9.4. de la Ley 15/2007, de 3 de julio, disponible en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/115-2007.t4.html#a59

⁷²¹ Esta consulta se formula por escrito ante la DICNC describiendo la operación de concentración, las partes involucradas, adjuntando la información pertinente para identificar el mercado relevante, las cuotas de mercado de las empresas, etc. Examinada la documentación presentada, la DICNC propone al CCNC una solución sobre la notificación de la operación. Durante estos trámites previos, la autoridad de competencia debe respetar el secreto de la concentración. *Vid.* ORTIZ BLANCO, Luis; MAÍLLO GONZÁLEZ-ORUS, Jerónimo; IBÁÑEZ COLOMO,

existe la obligación de notificar, se comunicara esta decisión a las partes involucradas para que lo hagan en el tiempo y en la forma debida.

En el caso de que una concentración no sea notificada, estando las partes obligadas a hacerlo, la CNC -de oficio- les requerirá para que efectúen la correspondiente notificación en un plazo no superior a veinte días, desde la recepción del requerimiento. Transcurrido este plazo sin que se haya producido la notificación, la DICNC puede iniciar de oficio el expediente de control de concentraciones, sin perjuicio de que también imponga a las partes multas y sanciones⁷²².

En fin, debe subrayarse que una de las características propias del control de concentraciones, radica en que la concentración no se puede ejecutar hasta que sea autorizada, expresa o tácitamente, por la Administración (sea la CNC o el Consejo de Ministros)⁷²³. Por tanto, mientras no exista la mencionada autorización, las partes debe mantener en suspenso la concentración. Ahora bien, esta obligación de suspender la ejecución de la concentración no opera en los casos en que la Administración ha autorizado previamente el levantamiento de la suspensión de la operación⁷²⁴.

Pablo y LAMADRID DE PABLO, Alfonso; "*Manual de Derecho de.....*", *ob cit*, pág. 357; artículo 55.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, disponible en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/115-2007.t4.html#a59; Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, disponible en http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=2008/03646

⁷²² Sanciones y multas previstas en los artículos 61 a 70 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, disponible en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/115-2007.t4.html#a59

⁷²³ *Vid.* Artículo 9.2. Ley 15/2007, de 3 de julio, disponible en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/115-2007.t4.html#a59

⁷²⁴ En efecto, a propuesta de la DICNC y previa solicitud motivada por las partes, el CCNC puede acordar el levantamiento de la suspensión de la concentración. La autoridad de competencia resuelve esta solicitud -entre otras- mediante la ponderación del perjuicio que causaría la suspensión de la ejecución a las empresas partícipes en la

2.2. Primera fase de evaluación.

La primera fase del procedimiento de control de concentraciones se inicia una vez que las partes han presentado el formulario de notificación de la concentración a la CNC⁷²⁵. Si la

concentración y el perjuicio que causaría la ejecución de la operación a la libre competencia. El levantamiento de la suspensión de la ejecución puede estar subordinado al cumplimiento de condiciones y obligaciones que garanticen la eficacia de la decisión adoptada. *Vid.* Artículo 9.6. Ley 15/2007, de 3 de julio y artículo 58, Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero. Normas disponibles en http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=2008/03646 y en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/115-2007.t4.html#a59

⁷²⁵ Las partes notificantes tienen la posibilidad de utilizar dos tipos de formularios para llevar a cabo la notificación. El primero de ellos es el formulario ordinario de notificación y el segundo, es el formulario abreviado, que se utiliza para realizar la notificación de aquellas concentraciones que, en principio, no planteen problemas para el mantenimiento de la competencia efectiva. En particular, el formulario abreviado de notificación se puede utilizar en los siguientes casos: a) Cuando no exista solapamiento horizontal o vertical entre las partes de la operación porque ninguna de ellas realiza actividades económicas en el mismo mercado geográfico y de producto o en mercados relacionados de modo ascendente o descendente dentro del proceso de producción y comercialización. b) Cuando la participación de las partes en los mercados, por su escasa importancia, no sea susceptible de afectar significativamente a la competencia....c) Cuando una parte adquiere el control exclusivo de una o varias empresas o partes de una empresa sobre la cual ya tiene el control conjunto. d) Cuando, tratándose de una empresa en participación, ésta no ejerza ni haya previsto ejercer actividades dentro del territorio español o cuando dichas actividades sean marginales. No obstante, la CNC puede exigir la presentación del formulario ordinario de notificación cuando, aún cumpliéndose las condiciones para utilizar el formulario abreviado, determina que es necesario la presentación del formulario ordinario para llevar a cabo una investigación adecuada de los posibles problemas de competencia derivados de la concentración. *Vid.* ORTIZ BLANCO, Luis; MAÍLLO GONZÁLEZ-ORUS, Jerónimo; IBÁÑEZ COLOMO, Pablo y LAMADRID DE PABLO, Alfonso; “*Manual de Derecho de.....*”, *ob cit*, pág. 359; Artículo 56 de la Ley 15/2007, de 3 de julio y artículos 56 y 57 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero. Normas disponibles en http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=2008/03646 y en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/115-2007.t4.html#a59

notificación se realiza en debida forma⁷²⁶, la DICNC comunica a los notificantes la fecha a partir de la cual se debe considerar recibida la notificación y la fecha en la que, inicialmente, vence el plazo máximo para resolver en la primera fase del procedimiento⁷²⁷. Este plazo, de acuerdo con la LDC, es de un mes contado desde la recepción -en debida forma- de la notificación por parte de la CNC⁷²⁸.

Recibida debidamente la notificación, la DICNC inicia el procedimiento de evaluación, formando el expediente y elabora un informe con una propuesta de resolución dirigida a

⁷²⁶ Si la notificación no se presenta en la debida forma, la DICNC puede dictar resolución de inadmisión a trámite de la notificación. Si una vez presentada en debida forma la notificación, la DICNC comprueba que falta información o que se debe completar la información contenida en cualquiera de los apartados del formulario de notificación, requerirá al notificante para que subsane la falta de información en un plazo de diez días. En caso de que los notificantes no subsanen dentro del plazo concedido, se entenderá que el notificante ha desistido de su petición, aunque ello no obsta para que la DICNC pueda iniciar de oficio el expediente de control de concentraciones. *Vid.* Artículos 56.4 y 56.6 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, disponible en http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=2008/03646

⁷²⁷ *Vid.* Artículo 56.5 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, disponible en http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=2008/03646

⁷²⁸ Según el apartado a) del artículo 36.2. de la LDC, el plazo máximo para dictar y notificar las resoluciones del CCNC en el procedimiento de control de concentraciones es un mes, en la primera fase, contado a partir de la recepción, en debida forma, de la notificación. No obstante, este plazo se puede suspender cuando la CNC requiera a las partes, o a terceros, para que presenten información adicional, documentos, etc, que considere necesarios para resolver. En relación con el sector eléctrico, cabe destacar -por ejemplo- la posibilidad que tiene la CNC de solicitar informes del regulador sectorial. La facultad de la CNC de solicitar información adicional a las partes o a terceros se puede ejercer en cualquier etapa del procedimiento de control. *Vid.* ORTIZ BLANCO, Luis; MAÍLLO GONZÁLEZ-ORUS, Jerónimo; IBÁÑEZ COLOMO, Pablo y LAMADRID DE PABLO, Alfonso; “*Manual de Derecho de.....*”, *ob cit*, pág. 360; artículo 36.2 y 55.6. de la Ley 15/2007, de 3 de julio y artículo 63 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero. Normas disponibles en http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=2008/03646 y en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/115-2007.t4.html#a59

la CCNC⁷²⁹. El informe de evaluación elaborado por la DICNC, se fundamenta en los criterios de valoración sustantiva definidos en el artículo 10 de la LDC⁷³⁰.

Una vez recibido el informe y la propuesta de resolución elaborados por la DICNC, el CCNC dicta resolución, en esta primera fase, mediante la que puede decidir⁷³¹:

- Autorizar la concentración.
- Subordinar su autorización al cumplimiento de determinados compromisos propuestos por los notificantes.
- Iniciar la segunda fase del procedimiento, cuando se considere que la concentración puede obstaculizar el mantenimiento de la competencia efectiva en todo o parte del mercado nacional.
- Acordar la remisión de la concentración a la Comisión Europea⁷³², archivando la correspondiente notificación. Esta remisión se notificará a las partes, indicando que la competencia para adoptar una decisión sobre el asunto corresponde a la

⁷²⁹ Vid. Artículo 57.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio y disponible en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/115-2007.t4.html#a59

⁷³⁰ Vid. *Supra*. Apartado 1.5.1. del presente capítulo.

⁷³¹ Vid. Artículo 57.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio y disponible en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/115-2007.t4.html#a59

⁷³² Vid. Artículo 22, Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004R0139:ES:HTML>

Comisión Europea y que, en consecuencia, la operación no se puede beneficiar del silencio positivo previsto en el artículo 38 de la LDC⁷³³.

- Acordar el archivo de las actuaciones. Esta decisión se toma en el caso de que la operación notificada no sea una concentración sujeta al procedimiento de control; en el caso de que la concentración sea remitida a la Comisión Europea; en el caso de que las partes desistan de su solicitud de autorización o cuando la CNC tenga información convincente de que las partes no llevarán a cabo la operación⁷³⁴.

Ahora bien, merece la pena destacar que en esta primera fase del procedimiento, la LDC permite a los notificantes presentar compromisos cuando puedan derivarse obstáculos para el mantenimiento de la competencia efectiva⁷³⁵. La presentación de estos compromisos se lleva a cabo por propia iniciativa de las partes puesto que en esta etapa del procedimiento no es posible que la CNC, unilateralmente, imponga condiciones al notificante como medio para que se autorice la concentración.

⁷³³ Salvo excepciones previstas en el artículo 38 de la LDC, el transcurso del plazo de un mes, fijado como duración de la primera fase del procedimiento, sin una decisión expresa de la CNC, determinará la estimación de la concentración notificada por aplicación del silencio administrativo positivo. Las mismas consecuencias se derivan en la segunda fase del procedimiento de control, salvo puntuales excepciones. *Vid.* Artículos 38.2 y 38.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio y disponible en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/115-2007.t4.html#a59

⁷³⁴ *Vid.* BELLO MARTIN-CRESPO, María Pilar; “Control de Concentraciones de Empresas”, en: *Derecho de la Libre Competencia...., ob cit*, pág. 405; artículo 44 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, disponible en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/115-2007.t4.html#a59

⁷³⁵ *Vid.* Artículo 59.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, disponible en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/115-2007.t4.html#a59

En este orden de ideas, en la primera fase del procedimiento, el notificante puede presentar compromisos ante la DICNC en un plazo de veinte días, contados a partir de la notificación de la concentración a la CNC. En la segunda fase del procedimiento, el plazo para presentar compromisos es de treinta y cinco días, contados a partir del acuerdo del CCNC que inicia la segunda fase del procedimiento⁷³⁶.

Cuando los compromisos se presentan en la primera fase del procedimiento, el RDC exige que aquellos sólo pueden ser aceptados si el problema de competencia detectado es claramente identificable y puede ser fácilmente remediado⁷³⁷. Asimismo, los compromisos propuestos por los notificantes pueden ser comunicados a los interesados o a terceros, con el fin de que sean valorados en función de su idoneidad para resolver los problemas para la competencia derivados de la concentración y en relación a sus efectos sobre los mercados⁷³⁸.

Por último, en relación a esta primera fase del procedimiento de concentraciones, debemos realizar dos precisiones. En primer lugar, hay que advertir que esta primera fase ha sido estructurada con la finalidad de dar trámite a aquellas concentraciones empresariales que no plantean mayores problemas de competencia. De hecho, la estructura del procedimiento permite que aquellas dudas o problemas, que en materia de

⁷³⁶ Cuando se proponen compromisos en la primera fase del procedimiento, el plazo máximo para resolver y notificar se amplía 10 días. Cuando estos compromisos se presentan en la segunda fase, el plazo para resolver y notificar se amplía 15 días. *Vid.* Artículo 69.1 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, disponible en http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=2008/03646 y artículo 59.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, disponible en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/115-2007.t4.html#a59

⁷³⁷ *Vid.* Artículo 69.5 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, disponible en http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=2008/03646

⁷³⁸ *Vid.* Artículo 59.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, disponible en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/115-2007.t4.html#a59

competencia plantee la operación, puedan ser resueltas mediante la presentación de compromisos por las partes, de modo que el procedimiento de autorización termine en esta fase inicial⁷³⁹.

En segundo lugar, debe resaltarse la posibilidad que tienen las partes para presentar compromisos que disipen las dudas que, en materia de competencia, pueda suscitar la concentración, con la finalidad de evitar que el procedimiento de evaluación pase a la segunda fase, en la que la concentración quedaría expuesta –eventualmente- al análisis discrecional del Consejo de Ministros⁷⁴⁰.

2.3. Segunda fase de evaluación.

Si el CCNC considera -en la primera fase del procedimiento- que la concentración puede obstaculizar el mantenimiento de la competencia efectiva, en todo o parte del mercado nacional, dicta una resolución acordando el inicio de la segunda fase⁷⁴¹. En esta fase, la DICNC elabora una nota sobre la concentración que se hace pública y se pone en conocimiento de las personas físicas o jurídicas que puedan resultar afectadas por tal

⁷³⁹ Vid. GARCIA MONTEYS, Rafael; “Procedimientos en la nueva Ley de Defensa de la Competencia”, en: *La Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia, Reflexiones sobre.....*, ob cit, pág. 193.

⁷⁴⁰ Vid. BELLO MARTIN-CRESPO, María Pilar; “Control de Concentraciones de Empresas”, en: *Derecho de la Libre Competencia.....*, ob cit, pag.406.

⁷⁴¹ La segunda fase del procedimiento de concentraciones tiene una duración de dos meses. En efecto, el plazo máximo para dictar y notificar las resoluciones del CCNC, en la segunda fase, son dos meses contados a partir de la fecha en que este organismo acuerda la apertura de esta segunda fase. Vid. Apartado b) del artículo 36.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, disponible en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/115-2007.t4.html#a59

concentración⁷⁴². Esta notificación se efectúa con la finalidad de que estos terceros presenten las alegaciones pertinentes sobre la concentración, en un plazo de 10 días⁷⁴³.

Con posterioridad a la elaboración de la nota sobre la concentración y su comunicación a terceros, los posibles obstáculos para la competencia -derivados de la concentración- son detallados por la DICNC en un pliego de concreción de hechos que es notificado a los interesados para que formulen sus alegaciones en un plazo de 10 días.

A solicitud de los notificantes o de oficio, puede celebrarse una vista ante el CCNC. Este organismo notificará al resto de interesados su celebración para que manifiesten su voluntad de participar.

Una vez celebrada la vista, concluye el trámite de audiencia y la DICNC presenta ante el CCNC la propuesta de resolución definitiva que ha elaborado. Con fundamento en esta propuesta de resolución, el CCNC puede decidir:

- Autorizar la concentración.
- Subordinar la autorización de la concentración al cumplimiento de determinados compromisos propuestos por los notificantes o a determinadas condiciones.
- Prohibir la concentración.

⁷⁴² Asimismo, esta nota también se comunica al Consejo de Consumidores y Usuarios. *Vid.* Artículo 58.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, disponible en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/I15-2007.t4.html#a59

⁷⁴³ *Vid.* BELLO MARTIN-CRESPO, María Pilar; “Control de Concentraciones de Empresas”, en: *Derecho de la Libre Competencia....*, *ob cit*, pág. 406 y artículo 58.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, disponible en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/I15-2007.t4.html#a59

- Acordar el archivo de las actuaciones.

La decisión final tomada por el CCNC, se notifica de forma simultánea a los interesados y al Ministerio de Economía y Hacienda (MEH)⁷⁴⁴.

En el supuesto de que la decisión del CCNC haya sido la prohibición de la concentración o la autorización con condiciones, el MEH puede elevar la decisión sobre la concentración al Consejo de Ministros, basándose en razones de interés general. Esta decisión se comunica a la CNC y se notifica a las partes e interesados⁷⁴⁵.

Como ya hemos indicado, el análisis del Consejo de Ministros se sustenta en criterios de interés general, ajenos a la defensa de la competencia y con esta orientación puede decidir:

- Confirmar la resolución dictada por el CCNC.
- Autorizar la concentración, con o sin condiciones⁷⁴⁶.

⁷⁴⁴ Vid. Artículo 68 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero y Artículos 58.2, 58.3, 58.4 y 58.5 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, disponible en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/115-2007.t4.html#a59 y en http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=2008/03646

⁷⁴⁵ Vid. Artículos 60.1 y 60.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, disponible en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/115-2007.t4.html#a59

⁷⁴⁶ En este caso, antes de adoptar el Acuerdo correspondiente, el Consejo de Ministros puede solicitar a la CNC un informe sobre la concentración. Esta facultad es discrecional del Consejo de Ministros y carece de utilidad, puesto que en ese momento del procedimiento, el Consejo de Ministros ya conoce, con suficiencia, el criterio de la CNC respecto a la concentración examinada. Vid. Apartado b) del artículo 60.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, disponible en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/115-2007.t4.html#a59

El plazo que tiene el Consejo de Ministros para tomar una decisión sobre la concentración es un mes, contado desde la resolución del MEH de elevar la operación al Consejo de Ministros. Transcurrido este plazo sin que el Consejo de Ministros haya adoptado una decisión, la resolución del CCNC, tomada en la segunda fase, será eficaz, inmediatamente ejecutiva y pondrá fin a la vía administrativa⁷⁴⁷.

Por último, no debe olvidarse que la DICNC es el órgano encargado de vigilar la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los compromisos o condiciones impuestas en las resoluciones y/o acuerdos del procedimiento de control de concentraciones. En el caso de que las obligaciones impuestas deriven de un acuerdo del Consejo de Ministros, tal acuerdo se debe especificar el órgano administrativo responsable de la vigilancia del cumplimiento de estas obligaciones.

Además, la CNC puede solicitar la cooperación de los órganos autonómicos de defensa de la competencia y de los reguladores sectoriales, como la CNE, para la vigilancia y cumplimiento de las obligaciones, resoluciones y acuerdos⁷⁴⁸.

3. Operaciones de concentración en el sector eléctrico español.

⁷⁴⁷ La misma consecuencia tendrá lugar cuando transcurridos 15 días, el MEH no ha dictado ni notificado la resolución sobre la intervención del Consejo de Ministros, contados desde la recepción de la correspondiente resolución dictada en segunda fase por el CCNC. *Vid.* Artículos 36.3 y 36.4 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, disponible en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/115-2007.t4.html#a59

⁷⁴⁸ En caso de incumplimiento, el CCNC es el organismo encargado de resolver, a propuesta de la DICNC, sobre la imposición de multas, la adopción de otras medidas de ejecución forzosa y, eventualmente, sobre desconcentraciones. *Vid.* Artículo 41.1 y 41.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, y artículo 71 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero. Disponibles en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/115-2007.t4.html#a59 y en http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=2008/03646

3.1. Consideraciones generales.

En el contexto de liberalización impulsado por la U.E.⁷⁴⁹, en España se promulgó la Ley 54/97, conocida como Ley del Sector Eléctrico⁷⁵⁰, que incorporó al Ordenamiento jurídico interno la Directiva 96/92/CE⁷⁵¹. Mediante esta Ley se modificó todo el esquema regulatorio y funcional del sector eléctrico español, dejando atrás el modelo de regulación tradicional de servicio público⁷⁵² e incorporando todas las características propias de un modelo de regulación para la competencia⁷⁵³.

⁷⁴⁹ Hay que recordar que en 1996 se promulgó la Directiva Comunitaria 96/92/CE, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, y en 1998 se promulgó la Directiva 98/30/CE, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural. Como ya hemos mencionado en reiteradas ocasiones, estas Directivas sentaron las bases del proceso de liberalización del sector energético en Europa. *Vid.* Directiva 96/92/CE, de 19 de diciembre de 1996, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31996L0092:ES:HTML> y Directiva 98/30/CE, de 22 de junio de 1998, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31998L0030:ES:HTML>.

⁷⁵⁰ Ley 54/97, de 27 de Noviembre de 1997, publicada en el BOE núm. 285, de 28 de noviembre de 1997, págs. 35097 - 35126 y disponible en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/154-1997.html;

⁷⁵¹ Directiva 96/92/CE, de 19 de diciembre de 1996, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31996L0092:ES:HTML>. En punto al sector de hidrocarburos, la Ley 34/98 incorporó al Ordenamiento interno la Directiva Comunitaria 98/30/CE. *Vid.* Directiva 98/30/CE, de 22 de junio de 1998, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31998L0030:ES:HTML> y Ley 34/98, de 7 de octubre, publicada en el BOE núm. 241 de 8 de octubre de 1998 y disponible en http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=1998/23284.

⁷⁵² Modelo de regulación tradicional que, tratándose del sector energético, se caracterizaba por ser un “modelo cerrado, con derechos de exclusiva, con integración vertical de actividades, y presidido por los principios de planificación conjunta vinculante, explotación centralizada y remuneración con base a costes.” *Cfr.* ARIÑO ORTIZ, Gaspar; “Los Servicios Energéticos: Organización y Garantía de la Competencia”, en: *El Derecho de la Energía (XV Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo)*, Editado por el Instituto Andaluz de la Administración Pública, Sevilla, 2006, pág. 227.

Después de varios años de vigencia, la Directiva 96/92/CE fue derogada por la Directiva 2003/54/CE⁷⁵⁴, con la finalidad avanzar en el logro de dos objetivos precisos: mejorar el nivel de apertura del mercado eléctrico y garantizar un acceso a la red sin discriminaciones⁷⁵⁵. A este respecto, con la finalidad de incorporar la Directiva 2003/54/CE al Ordenamiento jurídico español, la Ley 54/97 fue modificada por la Ley 17/2007⁷⁵⁶.

⁷⁵³ Vid. *Supra*. Apartado 4.2. del capítulo II del presente trabajo.

⁷⁵⁴ Directiva 2003/54/CE, de 26 de junio de 2003, publicada en el DOUE L 176, de 15 de julio de 2003, pág. 37-56, disponible en http://www.unesa.es/regulacion/MIE/mie1_11.pdf. Tratándose del sector eléctrico, hay que tener presente que otra norma fundamental para el desarrollo del mercado común en materia de electricidad, es el Reglamento 1228/2003, 26 de junio de 2003, relativo a las condiciones de acceso a la red para el comercio transfronterizo de electricidad, publicado en el DOUE L 176 de 15 de julio de 2003, pág. 1-10 y disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32003R1228:ES:HTML>. En referencia al sector del Gas, la Directiva 98/30/CE fue derogada por la Directiva 2003/55/CE, de 26 de junio de 2003, publicada en el DOUE L 176, de 15 de julio de 2003, pág. 57-78 y disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32003L0055:EN:HTML>.

⁷⁵⁵ Vid. ARANA GARCIA, Estanislao; MORAL SORIANO, Leonor y TORRES LÓPEZ, María Asunción; “La Convergencia del Mercado Interior de la Electricidad y el Mercado Eléctrico Español”, en: *El Sector Eléctrico en España: Competencia y Servicio Público*, Editorial Comares, Granada, 2007, pág. 5.

⁷⁵⁶ Ley 17/2007, publicada en el BOE núm. 160 de 5 de julio de 2007 y disponible en http://www.cne.es/cne/doc/legislacion/Ley17_2007.pdf. Una detallada exposición de la evolución de la normativa nacional del sector eléctrico, con énfasis en los alcances de la nueva Ley 17/2007, en relación a la normativa comunitaria, lo encontramos en el trabajo de JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio; “La reforma de la Ley del Sector Eléctrico para su Adaptación a las Exigencias de las Directivas Comunitarias”, en: *Tratado de Regulación del Sector Eléctrico*, Tomo I, Editorial Thomson Aranzadi, Navarra, 2009, pág., 241 y ss.

La alusión al mencionado desarrollo normativo, persigue resaltar que, desde la entrada en España en la U.E., la evolución del sector eléctrico español ha tenido como punto de referencia las políticas comunitarias específicas para este sector, así como su respectiva normativa.

Así las cosas, en el caso de España, las concentraciones empresariales que han sido evaluadas por la autoridad de competencia nacional, han sido la expresión palpable de un paulatino proceso de reestructuración del sector energético nacional (frecuente en los periodos post-liberalización) y han sido la respuesta a la intención de las empresas españolas de tomar la mejor posición competitiva posible. Con este ultimo propósito, en algunos casos, las concentraciones en el sector se han caracterizado por intentar la consolidación de empresas de grandes dimensiones, con todas las características de un “campeón nacional energético”; intentos que, a la fecha -como tendremos la oportunidad de mencionar- no han tenido éxito.

En este orden de ideas, en el caso español, la intervención del Gobierno en el proceso de evaluación de concentraciones ha sido determinante en la configuración del actual mapa energético nacional. Para cierta parte de la doctrina, esta intensa intervención, ha generado consecuencias adversas, por ejemplo, se ha impedido que las empresas energéticas españolas se hayan preparado adecuadamente para competir en el mercado común de la energía⁷⁵⁷ y otros sostienen que, respecto a los efectos nocivos para el sistema de control de concentraciones, se encuentran “decisiones contradictorias en los

⁷⁵⁷ Vid. VIVES, Xavier; “El Reto de la Competencia en el Sector Eléctrico”, IESE Business School, Universidad de Navarra, Ocassional Paper, OP No. 06/13, julio, 2006, pág. 15, disponible en <http://www.iese.edu>.

mismos mercados, proliferación de votos particulares y la adopción de...decisiones duales absolutamente inaceptables...”⁷⁵⁸.

Así las cosas, con el propósito de identificar el fundamento de estas críticas e identificar las principales características del control de concentraciones en el sector eléctrico español, a continuación estudiaremos las principales operaciones de concentración llevadas a cabo en este sector y que han sido analizadas por la autoridad nacional de competencia.

3.2. Operación UNION FENOSA/HIDROCANTABRICO.

3.2.1. Características de la operación y empresas participantes.

El 30 de marzo del año 2000, fue notificada ante el Servicio de Defensa de la Competencia (SDC), una operación de concentración entre Unión Eléctrica Fenosa S.A. (Unión Fenosa) e Hidroeléctrica del Cantábrico S.A. (Hidrocantábrico). La operación notificada planteaba la adquisición del 100% de las acciones de Hidrocantábrico por parte de Unión Fenosa, a través de una oferta pública de adquisición de acciones (OPA).

En el momento de la operación, el principal objeto social de Unión Fenosa era la producción, distribución y comercialización de energía eléctrica. Además, esta empresa también operaba en el sector de las telecomunicaciones, la consultoría y la inversión extranjera⁷⁵⁹.

⁷⁵⁸ Cfr. JIMÉNEZ-LAIGLESIA, José María; JIMÉNEZ-LAIGLESIA, Juan y MASÍA, Jorge; “Examen de Concentraciones en el Sector Energético Español”, en: *Derecho de la Competencia y Energía Eléctrica*, Editorial Civitas, Madrid, 2009, pág. 295.

⁷⁵⁹ Vid. Expediente de Concentración Económica del Tribunal de Defensa de la Competencia, C54/00, *Unión Eléctrica Fenosa-Hidroeléctrica del Cantábrico*, pág. 10-12, disponible en <http://www.cncompetencia.es>. En la

En España, Unión Fenosa era el tercer operador en los mercados de generación de electricidad (13,43% de cuota de mercado). La misma posición ocupaba en el mercado mayorista, en el mercado de distribución (14,8%) y en el mercado de comercialización (10,3%)⁷⁶⁰.

Por su parte, Hidrocantábrico⁷⁶¹, de acuerdo a sus cuotas de mercado, era la cuarta empresa de electricidad en España y también participaba en la generación de electricidad (7,93%), en el mercado mayorista, en la distribución (5,1%) y en la comercialización (3,5%)⁷⁶².

actualidad Unión Fenosa y Gas Natural han llevado a cabo una operación de fusión por absorción que será estudiada posteriormente en el presente capítulo.

⁷⁶⁰ En el mercado mayorista, las compras de electricidad de Unión Fenosa Distribución ascendían al 12,1% del total, mientras que las compras de Unión Fenosa Comercialización representaban el 1,8%. Por su parte, las ventas totales de electricidad de Unión Fenosa en el mercado mayorista representaban una cuota del 12,8%. *Vid.* Expediente de Concentración Económica, C54/00, de 17 de mayo, de 2000, *Unión Eléctrica Fenosa-Hidroeléctrica del Cantábrico*, págs. 23, 26, 27, 28, disponible en <http://www.cncompetencia.es>.

⁷⁶¹ Reiteramos que, en la actualidad, Hidrocantábrico pertenece al Grupo Electricidade de Portugal (EDP), después de una operación de adquisición de acciones llevada a cabo en el año 2004. *Vid.* Decisión de la Comisión de 9 de septiembre de 2004, asunto COMP/M.3448, *Electricidade de Portugal/ Hidroeléctrica del Cantábrico*, publicada en el DOUE C 252 de 12 de octubre de 2004, pág. 4 y disponible en http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m3448_en.pdf y apartado 3.4.1. del segundo capítulo del presente trabajo.

⁷⁶² En las ventas de electricidad en el mercado mayorista, Hidrocantábrico tenía una cuota de mercado del 6,9%, mientras que en las compras la cuota de Hidrocantábrico Distribución era del 4,2% y la de Hidrocantábrico Comercialización del 0,6%. *Vid.* Expediente de Concentración Económica, C54/00, *Unión Eléctrica Fenosa-Hidroeléctrica del Cantábrico*, págs. 26 y 27, disponible en <http://www.cncompetencia.es>.

Ahora bien, la OPA mediante la cual se presentó la concentración, fue presentada ante la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) el 27 de marzo de 2000 y había sido aceptada por esta autoridad el 18 de abril del mismo año⁷⁶³.

Una vez notificada la operación al SDC, este organismo elaboró un informe en el que consideraba que la concentración bajo examen podía obstaculizar la competencia efectiva en los mercados afectados. Este informe fue presentado al Ministro de Economía, quien a su vez, a propuesta del SDC, tomó la decisión de remitir el expediente al Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC)⁷⁶⁴.

3.2.2. Evaluación de la operación.

Una vez recibido el expediente de la concentración, el TDC abordó su análisis comenzando por la identificación de los mercados relevantes afectados. Según el TDC, los mercados de producto afectados eran el mercado de generación eléctrica en régimen ordinario y el mercado de la comercialización de energía eléctrica a clientes cualificados.

⁷⁶³ De acuerdo con la información registrada en la CNMV, por cada acción de Hidrocantábrico, Unión Fenosa ofrecía 24 euros. De esta manera el volumen efectivo teórico de la operación ascendía a 2.716.722.432. euros.

Fuente: Página web de la CNMV:
http://www.cnmv.es/index_n.htm?consultas/reg_ofi_emisi_admisi/regemisiones.htm~/p_consultas_5.html

⁷⁶⁴ Hay que tener en cuenta que la mayoría de operaciones de concentración estudiadas en el presente capítulo fueron analizadas bajo el anterior régimen de control de concentraciones previsto en la Ley 16/1989, en consecuencia *Vid.* Artículos 14, 15, 16, 17, 18, Ley 16/1989, disponible en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Derogadas/r11-116-1989.html; Real Decreto 1443/2001, de 21 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 16/1989, publicado en el BOE núm. 16 de 18 de enero de 2002, disponible en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Derogadas/r0-rd1443-2001.html; ALLENDESALAZAR CORCHO, Rafael; “Procedimiento de Control de Concentraciones en España. Balance y Algunas Propuestas de Mejora”, en: Control de Concentraciones Empresariales., *ob cit.*, pág. 59; RODRIGUEZ GONZÁLEZ, María José; “El Procedimiento Nacional en Materia de Control de Concentraciones entre Empresas”, en: Derecho de la Competencia Europeo y...*ob cit.*, pág. 237 y apartado 1.5.2.1. del presente capítulo.

Identificados los mercados de producto afectados, era necesario definir el mercado geográfico relevante que debería ser tenido en cuenta a efectos de la evaluación de la concentración. A este respecto, las partes notificantes argumentaban que el mercado geográfico de la concentración era el correspondiente al mercado de electricidad de toda la península ibérica.

Como fundamento de este razonamiento, las partes argüían que meses atrás se había firmado un convenio entre los Gobiernos de España y Portugal para la creación de un Mercado Ibérico de la Electricidad. En consecuencia, era previsible que en la negociación del protocolo eléctrico del año siguiente, se diseñase la organización y el funcionamiento de este Mercado Ibérico. Por lo tanto, según las partes, era razonable circunscribir el mercado geográfico de la concentración a toda la península ibérica⁷⁶⁵.

En el informe que remitió la CNE al TDC, la autoridad sectorial consideró que el mercado mayorista de energía eléctrica, su transporte y distribución eran mercados de carácter nacional⁷⁶⁶.

Así las cosas, para determinar el alcance del mercado geográfico afectado por la operación, el TDC tuvo en cuenta los siguientes hechos⁷⁶⁷:

⁷⁶⁵ Además, para las partes, existían razones para considerar que en aquel momento (y con mayor razón en el futuro) el mercado geográfico de este tipo de operaciones, debería definirse de una manera más amplia, por ejemplo, a escala europea. *Vid.* Expediente de Concentración Económica, C54/00, *Unión Eléctrica Fenosa-Hidroeléctrica del Cantábrico*, págs. 17 y 18, disponible en <http://www.cncompetencia.es>

⁷⁶⁶ *Vid.* Informe de la Comisión Nacional de la Energía, CNE 4/2000, de 26 de abril de 2000, sobre el proyecto de concentración consistente en la toma de control de Hidroeléctrica del Cantábrico S.A. por parte de Unión Eléctrica Fenosa, pág. 26. Disponible en <http://www.cne.es/cgi-bin/BRSCGLEXE?CMD=VERDOC&BASE=PUBL&DOCN=000000417&K=PUBL000000417>

- Los agentes que -a la sazón- participaban en el sistema de ofertas del mercado mayorista de electricidad eran Endesa, Iberdrola, Unión Fenosa, Hidrocantábrico. También se incluían en este mercado los intercambios internacionales de electricidad y un contrato a largo plazo existente entre Red Eléctrica de España (REE) y Electricité de France (EDF). Así las cosas, el Tribunal resaltó que la empresa Electricidad de Portugal (EDP) no ofertaba energía eléctrica en este mercado.
- La capacidad de interconexión entre España y Portugal era de 4.010 MW, correspondiente al 9% de la capacidad instalada en régimen ordinario. No obstante, la capacidad comercial de esta interconexión era inferior, debido a que parte de la capacidad debía reservarse para cumplir objetivos de seguridad. En consecuencia, la capacidad comercial disponible de las interconexiones internacionales de España en aquel momento era de 750 MW/650 MW con Portugal, 350 MW/300 MW con Marruecos y 1100 MW/1000 MW con Francia. En el mercado español de producción en régimen ordinario, esta capacidad comercial representaba el 1,7 %, el 0,8 % y el 2,5 %, respectivamente⁷⁶⁸.

⁷⁶⁷ Vid. Expediente de Concentración Económica, C54/00, *Unión Eléctrica Fenosa-Hidroeléctrica del Cantábrico*, págs. 20-21, disponible en <http://www.cncompetencia.es>

⁷⁶⁸ En el informe del TDC, se hacía énfasis en que en el mejor de los casos, la capacidad total máxima de importaciones que se podía producir en España, en las horas de mayor demanda, no superaba el 6% del total de la capacidad instalada. Por su parte, la CNE también tuvo en cuenta la relevancia de las interconexiones internacionales a la hora de determinar el mercado geográfico. En este sentido, esta autoridad consideraba que dado el estado de bloqueo en la construcción de nuevas líneas de interconexión con Francia y el tiempo que llevaría la construcción de nuevas líneas con este país, la hipótesis de un mercado nacional peninsular era la más probable en aquel momento y en el corto plazo. Vid. Expediente de Concentración Económica, C54/00, *Unión Eléctrica Fenosa-Hidroeléctrica del Cantábrico*, págs. 21, disponible en <http://www.cncompetencia.es> e Informe de la Comisión Nacional de la Energía, CNE 4/2000, de 26 de abril de 2000, págs. 30, disponible en <http://www.cne.es/cgi-bin/BRSCGI.EXE?CMD=VERDOC&BASE=PUBL&DOCN=000000417&K=PUBL000000417>

- El convenio entre España y Portugal al que hacían referencia las partes, simplemente tenía el propósito inmediato de facilitar que empresas españolas operasen en Portugal y viceversa. Pero tal convenio no significaba que, a corto plazo, se crease un mercado único de electricidad en el que participen las instalaciones de producción de electricidad presentes en España y en Portugal.

En suma, para el TDC, teniendo en cuenta la estructura del sistema de ofertas, la ausencia de productores externos compitiendo en España, la escasa interconexión comercial que existía y las escasas perspectivas de aumentar la capacidad de interconexión, el mercado geográfico afectado por la concentración se limitaba al mercado peninsular español⁷⁶⁹.

Después de haber definido los mercados relevantes de producto y geográfico, el TDC resaltó las principales características de los mercados de producto afectados. En el mercado de generación, los principales aspectos en los que el Tribunal hizo énfasis,

⁷⁶⁹ No obstante, tanto el TDC, como la CNE, no descartaban que –a corto plazo– fuese posible considerar un mercado geográfico más amplio que abarcara todo el sistema eléctrico de la península ibérica. En efecto, para la CNE “...en el caso de la península ibérica conviene tener presente que en el futuro, incluso en el corto plazo, y teniendo en cuenta el volumen no desdeñable de flujos de energía eléctrica que puede llegar a realizarse entre España y Portugal, si se armonizan sus grados de apertura y regulación, podría realizarse una delimitación de mercado relevante geográfico más amplio en relación con la actividad de producción y comercialización que comprendiera toda la península ibérica”. Por su parte el TDC consideraba que “De los hechos contrastados hasta la fecha, y considerando la evolución futura del mercado eléctrico, no cabe descartar la formación en el futuro de un único mercado en el que concurriesen todos los generadores de la Península Ibérica, lo cual llevaría a definir el mercado afectado por la operación como el mercado peninsular (o mercado ibérico)”. Cfr. Informe de la Comisión Nacional de la Energía, CNE 4/2000, de 26 de abril de 2000, pág. 30, disponible en <http://www.cne.es/cgi-bin/BRSCGI.EXE?CMD=VERDOC&BASE=PUBL&DOCN=000000417&K=PUBL000000417> y Expediente de Concentración Económica, C54/00, *Unión Eléctrica Fenosa-Hidroeléctrica del Cantábrico*, pág. 22, disponible en <http://www.cncompetencia.es>

fueron el elevado grado de concentración del mercado de producción⁷⁷⁰ y el escaso índice de importaciones de electricidad.

En punto a las compras de electricidad en el mercado mayorista, Endesa, Iberdrola, Unión Fenosa e Hidrocantábrico, adquirirían el 99% de la electricidad ofertada en este mercado. De modo que las compras de operadores externos, clientes cualificados y comercializadores independientes representaban menos del 1% del total. Respecto a las ventas de electricidad en este mercado, estas cuatro empresas vendían más del 95% de la electricidad.

En punto a los mercados de distribución y comercialización, a la vista del grado de integración vertical de los grupos eléctricos españoles en aquel momento, las cuatro empresas citadas acumulaban una cuota de mercado del 100% y del 99%, respectivamente.

Es necesario destacar que en la actualidad, la estructura empresarial del sector eléctrico español mantiene un esquema similar. En este sentido, teniendo en cuenta lo señalado por JIMÉNEZ, todavía existe un alto grado de concentración, alrededor de Endesa e Iberdrola, que generan cerca del 75% de la electricidad vendida en España. Estas dos empresas también se reparten, casi por igual, un porcentaje muy similar del mercado peninsular, 80% del mercado regulado y 70% del liberalizado. A Endesa e Iberdrola les

⁷⁷⁰ En aquel momento, Endesa e Iberdrola poseían, respectivamente, el 44% y el 31,5% de la potencia instalada. A su vez, en 1999, estas dos empresas habían proporcionado el 47,6% y el 27,1%, respectivamente, de la producción eléctrica en régimen ordinario. Por su parte, Unión Fenosa e Hidrocantábrico, poseían el 10% y el 3% de la potencia instalada y proporcionaban en torno al 12,8% y al 6,6% de la producción, respectivamente. El resto de la producción (11,2%) que se vendía en régimen especial (cogeneración o energías renovables), no tenía influencia en los precios de mercado ya que su producción tenía prioridad absoluta en el orden de despacho y se vendía a precios regulados que además estaban subvencionados. *Vid.* Expediente de Concentración Económica, C54/00, *Unión Eléctrica Fenosa-Hidroeléctrica del Cantábrico*, pág. 23, disponible en <http://www.cncompetencia.es>

siguen, a cierta distancia, Unión Fenosa y Gas Natural⁷⁷¹. El alto grado de concentración en generación y en distribución, sumado a la consideración de España como “isla energética” -debido a la insuficiente capacidad de sus redes de interconexión internacional- configuran un sector económico con dificultades a la hora de fomentar la competencia⁷⁷².

Ahora bien, volviendo al examen del TDC, para esta autoridad también era importante tener en cuenta en el análisis, las barreras de entrada propias de la estructura del sector eléctrico español de aquellos días y que se concretaban en las siguientes: riesgo regulatorio, escasa capacidad de interconexión con otros sistemas eléctricos, el acceso a emplazamientos donde desarrollar proyectos de generación, el acceso a recursos hidroeléctricos, los costes de inversión en generación y el grado de integración vertical “de facto”⁷⁷³.

⁷⁷¹ Vid. JIMÉNEZ, Juan Carlos; “Una Década de Profundas Transformaciones en el Sector Energético Español”, en: *Energía: Del Monopolio al Mercado*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2006, pág. 83-84. De acuerdo con este escenario, VIVES considera que “Tratándose del sector eléctrico, el importante grado de concentración, tanto en generación como en distribución, junto con un grado de apertura exterior bajo, configuran un escenario poco proclive a la competencia a pesar de la liberalización de los segmentos de generación y comercialización”.

⁷⁷² Vid. VIVES, Xavier; “El Reto de la Competencia en el Sector Eléctrico”, *ob cit*, pág. 11, disponible en <http://www.iese.edu/research/pdfs/OP-06-13.pdf>.

⁷⁷³ En efecto, a pesar de que la normativa prohíbe la asignación directa de la energía generada a los distribuidores o comercializadores del mismo grupo, los comercializadores que sólo se dedican a esta actividad se enfrentan al riesgo de que una subida de los precios del *pool* anule su margen de comercialización y les haga incurrir en pérdidas. En este sentido, los grupos empresariales que poseen empresas de generación y de comercialización pueden cubrir sus riesgos con la actividad de comercialización y hallar incentivos para incrementar los precios del *pool* hasta un nivel que expulse a los comercializadores que no tienen generadores en su grupo empresarial. Vid. Expediente de Concentración Económica, C54/00, *Unión Eléctrica Fenosa-Hidroeléctrica del Cantábrico*, pág. 37-38, disponible en <http://www.cncompetencia.es>

Después de haber definido las principales características de los mercados de producto afectados por la concentración, la valoración de sus efectos se concretaba en los siguientes términos:

- En el mercado de generación de electricidad, la empresa resultante de la concentración tendría una cuota de mercado en torno al 17% de la capacidad de producción. Esta nueva cuota de mercado sería considerablemente inferior a la de las empresas líderes en este mercado, Endesa (45,7%) e Iberdrola (36,6%). No obstante, para el TDC, teniendo en cuenta el elevado grado de concentración del mercado español, la operación podría implicar un alto riesgo de deterioro de las condiciones de competencia. Este deterioro se concretaría a través de la creación o refuerzo de una posición de dominio colectiva de las tres empresas que conformarían la nueva estructura del mercado de producción de electricidad⁷⁷⁴ (Endesa, Iberdrola, Unión Fenosa).

⁷⁷⁴ Conclusión a la que llegó el TDC después de haber aplicado el índice Herfindahl y apoyarse en la Decisión de la Comisión Europea, de 22 de septiembre de 1999, asunto *Airtours/Fist Choice*. Mediante esta Decisión (que posteriormente fue anulada por el Tribunal de Primera Instancia de la CE por considerar que la Comisión no había probado suficientemente la existencia de una posición dominante colectiva) la autoridad comunitaria prohibió una concentración que derivaría en el control del 80% del mercado por parte de los tres operadores principales. Para la Comisión, la disminución del número de operadores, reforzaría las posibilidades de una interacción de las principales empresas basada en el ejercicio de dominio conjunto. Al seguir esta posición, el TDC deseaba prevenir que los participantes en la concentración perdiesen el interés de ejercer una auténtica competencia efectiva. Esta pérdida de interés tendría su fundamento en que el comportamiento orientado hacia un equilibrio cooperativo podría proporcionar mayores ventajas que un equilibrio competitivo. Este razonamiento estaba motivado en los siguientes aspectos: el tamaño de la nueva empresa no parecía suficiente para que compitiera intensa y exitosamente frente a Endesa e Iberdrola. En consecuencia, las posibilidades de disminuir el poder de mercado de estas dos empresas eran reducidas. A pesar de esta circunstancia, el mayor tamaño de la nueva empresa sería suficiente para que Endesa e Iberdrola la tuviesen en cuenta al definir sus estrategias en el mercado de generación. Por último, la nueva empresa se enfrentaría a un mayor riesgo de represalias por parte de las dos empresas líderes del mercado, en el caso de que no colaborara en una estrategia común de influencia sobre los precios. *Vid.* JIMÉNEZ-LAIGLESIA, José María; JIMÉNEZ-LAIGLESIA, Juan y MASÍA, Jorge; “Examen de Concentraciones en el Sector Energético Español”, en: *Derecho de la Competencia y...*, *ob cit*, pág. 298; Decisión de la Comisión Europea, de 22 de septiembre de 1999,

- En el mercado de comercialización, la cuota de la nueva empresa alcanzaría el 13,8%. Esta cuota de mercado también estaba lejos de las correspondientes a Endesa (46%) e Iberdrola (40%), descartándose así la creación o refuerzo de una posición de dominio individual. No obstante, el elevado grado de concentración del mercado, indicaba la posibilidad de que la operación también supusiese un grave riesgo de deterioro de la competencia, mediante el refuerzo de una posición de dominio colectiva. Además, para el TDC, el principal deterioro de la competencia en el mercado de comercialización era la eliminación de Hidrocantábrico, a la vista de que esta empresa era considerada como el competidor con la política comercial más agresiva y exitosa.

A la vista de las restricciones a la competencia derivadas de la concentración, Unión Fenosa argumentaba que, como efectos compensatorios de estas restricciones, debía considerarse el ahorro significativo en los costos de la actividad de producción de electricidad. Asimismo, también debía tenerse presente el ahorro que se produciría al aprovechar las sinergias en otras actividades del grupo, como distribución y comercialización de electricidad, telecomunicaciones y gas. En suma, para esta empresa, el ahorro total derivado de la concentración podría ascender a 40 millones de euros al año.

Frente a este argumento, el TDC consideró que si bien la concentración podría suponer un ahorro de costos importante para las diferentes empresas del grupo empresarial, estas

asunto IV/M.1524, *Airtours/Fist Choice*, publicado en el DOUE L 93, de 13 de abril de 2000, pág. 1-33, disponible en http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m1524_19990922_610_es.pdf; Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, de 6 de junio de 2002, asunto T-342/99, disponible en http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/ y Expediente de Concentración Económica, C54/00, *Unión Eléctrica Fenosa-Hidroeléctrica del Cantábrico*, pág. 39-43, disponible en <http://www.cncompetencia.es>

ventajas no se traducirían en beneficios para los consumidores, concretamente en materia de disminución de precios⁷⁷⁵.

En punto al análisis de los efectos compensatorios de la concentración, es preciso mencionar que se echa de menos un análisis detallado sobre la aportación de la concentración a la mejora de la competitividad internacional del sector eléctrico español, de cara al desarrollo del mercado común de la energía en Europa⁷⁷⁶. Por ejemplo, en el dictamen del TDC, no se hizo un análisis del proceso de liberalización energética en España, en Portugal y/o en Francia, países vecinos claves para la integración del sistema energético peninsular en el mercado europeo.

Sobre la base del análisis anteriormente expuesto, el TDC presentó sus respectivas conclusiones en torno a la operación de concentración⁷⁷⁷. Entre sus conclusiones cabe destacar las siguientes:

- El mercado eléctrico español presentaba un grado de concentración muy elevado. Endesa e Iberdrola, controlaban alrededor del 80% del total de la energía eléctrica

⁷⁷⁵ Por el contrario, la desaparición de Hidrocanábico como competidor, afectaría el funcionamiento de los mecanismos del mercado que deberían conducir a la reducción de los precios para los consumidores. *Vid.* Expediente de Concentración Económica, C54/00, *Unión Eléctrica Fenosa-Hidroeléctrica del Cantábrico*, pág. 46, disponible en <http://www.cncompetencia.es>

⁷⁷⁶ En el mismo sentido el Profesor ARIÑO, sostiene que “..el TDC se queda corto y no aplica hasta sus últimas consecuencias el art. 16, ya que no analiza si la fusión mejoraría la competitividad internacional del sector eléctrico español, con repercusiones a medio plazo sobre el progreso económico y sobre los intereses de los consumidores. También es una presunción indemostrada que la de que la mejora de la eficiencia empresarial no va a beneficiar a estos..”. *Cfr.* LOPEZ DE CASTRO GARCIA MORATO, Lucia y ARIÑO, Gaspar; “*Derecho de la Competencia en Sectores...*”, *ob cit*, pág. 157.

⁷⁷⁷ *Ibid.* pág. 47 y ss.

producida anualmente y eran propietarias de las centrales de generación que fijan el precio del *pool*. Por su parte, aproximadamente el 80% de las compras en el mercado mayorista correspondían también a Endesa e Iberdrola. Además, entre los cuatro grupos eléctricos principales existían importantes vínculos económicos, dentro y fuera del sector eléctrico.

- La estructura del sector eléctrico y la existencia de importantes barreras de entrada en la producción y comercialización de electricidad, hacían que el grado de contestabilidad de estos mercados fuese muy reducido⁷⁷⁸.
- La operación de concentración implicaría un claro riesgo de deterioro de la competencia efectiva. En el mercado de producción aumentaría significativamente

⁷⁷⁸ Para la Comisión Nacional de la Energía (CNE), uno de los principales problemas del sector eléctrico español era la insuficiente capacidad de las conexiones internacionales. Esta circunstancia se convertía en una barrera a la hora de buscar una mayor competencia en el sector y dificultaba la integración de España en el mercado único de la electricidad. Actualmente, 9 años después de esta operación, este sigue siendo un asunto de intensa discusión e importancia debido al insuficiente desarrollo de las interconexiones internacionales, en especial con Francia, circunstancia que aísla a la península del mercado eléctrico europeo. En este sentido, sobre la importancia de las conexiones internacionales en el sector eléctrico español, destacamos lo mencionado por RIVERO TORRE: “En el mercado eléctrico el aspecto más importante para la concurrencia hace referencia a las «interconexiones», con su derivada de acceso libre de terceros a la red (ATR) y el problema de las congestiones fronterizas entre sistemas eléctricos. Es cierto que este tema es objeto preferente en las propuestas de la Comisión, orientadas a lograr cuanto antes ese mínimo de 10 por 100 de capacidad de las interconexiones que se fijó en Lisboa y que, si bien para España es ambicioso, puesto que partimos de unas interconexiones en torno al 3 por 100 de la demanda prevista de potencia...., también hay que reconocer que en esto estamos lejos de poder hablar de condiciones de mercado puesto que incluso ese 10 por 100, es más bien un objetivo necesario para la seguridad más que el deseable para comerciar libremente. En España este tema es de especial relevancia por ocupar geográficamente una posición, junto con Portugal, de extremo geográfico en la Unión Europea. De hecho son mucho más fuertes y rápidamente crecientes las interconexiones con Portugal y el Norte de África (Marruecos) que con Europa a través de Francia”. *Cfr.* RIVERO TORRE, Pedro; “Aspectos Económicos y de Competitividad de los Mercados Eléctricos”, en: *Energía y Regulación*, *ob cit*, pág. 196; Informe 4/2000 de la Comisión Nacional de la Energía, sobre el proyecto de concentración consistente en la toma de control de Hidroeléctrica del Cantábrico S.A. por parte de Unión Fenosa, S.A. de 26 de abril de 2000, pág. 16, disponible en http://www.cne.es/cne/doc/publicaciones/CNE04_00.PDF.

el elevado grado de concentración existente. Además, la empresa resultante podría ejercer su actividad orientada al equilibrio cooperativo con Endesa e Iberdrola, beneficiándose, eventualmente, de un precio del *pool* superior al coste marginal⁷⁷⁹.

- La existencia de fuertes barreras a la entrada en el mercado de producción, hacían improbable la entrada de nuevos competidores a corto plazo.
- En el mercado de comercialización, la operación de concentración conduciría a una modificación estructural que obstaculizaría el ejercicio de la competencia efectiva. En primer lugar, se incrementaría el elevado grado de concentración existente y se eliminaría al operador que, en aquel momento, dinamizaba la competencia en este mercado (Hidrocantábrico)⁷⁸⁰.
- La disminución de costes y la mejora de la eficiencia no se traducirían en ventajas directas para los usuarios debido al deterioro de las condiciones de competencia. Además, la posición negociadora de la nueva empresa le permitiría determinar una

⁷⁷⁹ De forma contraria concluía la autoridad sectorial argumentando que la concentración tenía como efecto incrementar en este mercado el grado de concentración, pero no modificaba esencialmente su estructura ya que el poder económico que ofrecía la capacidad para determinar los precios continuaba en cabeza de Endesa. En este sentido compartimos la postura del Profesor ARIÑO, para quien el riesgo de colusión existente no se derivaba directamente de la operación de concentración, sino que era un riesgo propio del sector debido a que las dos empresas líderes controlaban el 80% del mercado. *Vid.* LOPEZ DE CASTRO GARCIA MORATO, Lucia y ARIÑO, Gaspar; “*Derecho de la Competencia en Sectores...*”, *ob cit*, pág. 128; Informe 4/2000 de la Comisión Nacional de la Energía, de 26 de abril de 2000, pág. 89, disponible en http://www.cne.es/cne/doc/publicaciones/CNE04_00.PDF.

⁷⁸⁰ Según la CNE, en este mercado la concentración tenía como efecto la consolidación de una tercera empresa pero sin arrebatar el dominio de Endesa e Iberdrola. En este sentido, era recomendable que la nueva empresa continuase con su comportamiento en el mercado de comercialización, especialmente el seguido recientemente por Hidrocantábrico. *Vid.* Informe 4/2000 de la Comisión Nacional de la Energía, de 26 de abril de 2000, pág. 90, disponible en http://www.cne.es/cne/doc/publicaciones/CNE04_00.PDF.

estrategia empresarial dirigida al equilibrio cooperativo, estrategia favorable en una estructura industrial con características de oligopolio.

3.2.3. Decisión final.

De acuerdo con los argumentos expuestos en el proceso de evaluación, el TDC dictaminó que resultaba adecuado declarar improcedente la operación de concentración *Unión Fenosa/Hidrocantabrico*⁷⁸¹. Este dictamen fue remitido al Consejo de Ministros, que el 26 de mayo de 2000, acogió la recomendación del TDC y acordó declarar improcedente esta concentración⁷⁸².

Respecto de esta concentración, a nuestro modo de ver, debe destacarse que el examen que realizó la CNE fue un análisis dinámico, en el cual se tuvieron en cuenta variables de

⁷⁸¹ Decisión contraria a la adoptada por la CNE, que concluyó que esta concentración no alteraba significativamente el grado de competencia en el sector, teniendo en cuenta la situación del proceso de liberalización y el grado de competencia del sector eléctrico español (agravado, en especial, por la falta de interconexiones internacionales). Para esta autoridad, en los mercados de producción y comercialización, la concentración no derivaría en situaciones de creación o refuerzo de posiciones de dominio individual, teniendo en cuenta que la cuota de mercado que alcanzaría sería muy inferior a la de los operadores dominantes (Endesa e Iberdrola). Respecto a la probabilidad de comportamiento conjunto, la CNE descartó esta posibilidad ya que el incremento de la cuota de mercado de Unión Fenosa, no daría lugar a un cambio cualitativo substancial en el mercado. En palabras de la CNE: “Las condiciones de partida de la agrupación de empresas UEF-HC no parece sugerir que esta esté en condiciones de arrebatar el puesto de “empresa dominante” a alguna de sus competidoras, no siendo previsible que se otorgase por parte de las otras dos empresas dicha posición de dominio en aras de una colusión tácita, dada la importante diferencia de tamaño entre la empresa líder y la nueva empresa”. *Cfr.* Informe 4/2000, de la Comisión Nacional de la Energía, de 26 de abril de 2000, pág. 61, disponible en http://www.cne.es/cne/doc/publicaciones/CNE04_00.PDF.

⁷⁸² En consecuencia, el Consejo de Administración de Unión Fenosa acordó el 29 de mayo del 2000, desistir de la OPA. *Vid.* Página web de la CNMV: http://www.cnmv.es/index_n.htm?consultas/reg_ofi_emisi_admisi/regemisiones.htm~/p_consultas_5.html

interesante contenido, a saber: el análisis del proceso de liberalización del sector eléctrico, la aproximación de un mercado ibérico de la energía, el desarrollo de las interconexiones internacionales y la necesaria reforma del marco regulatorio (como medida imprescindible para desarrollar la competencia en el sector eléctrico). Sin embargo, el TDC realizó un estudio tradicional, basado en previsiones de ejercicio de poder de mercado, índice de concentración⁷⁸³, número de agentes, cuotas de mercado y barreras de entrada.

Esta diferencia de criterios explica, en parte, que dos autoridades técnicas -con fundamento en los mismos hechos- alcancen conclusiones distintas respecto a la procedencia de la concentración. En efecto, mientras que para la CNE la concentración no afectaría significativamente las limitadas condiciones de competencia de los mercados afectados, para el TDC estas condiciones de competencia empeorarían como resultado de la concentración. Mientras que para la CNE, la existencia de tres agentes competidores, de similar dimensión, bajo determinadas condiciones, podría dinamizar la competencia en el sector⁷⁸⁴, para el TDC, la reducción de cuatro agentes competidores a tres, era un indicador de un posible deterioro en las condiciones de competencia⁷⁸⁵.

⁷⁸³ De hecho la CNE cuestionó la idoneidad del uso del índice HHI como herramienta de política *antitrust*, puesto que la consideraba parcial e indirecta. *Vid.* Informe 4/2000 de la Comisión Nacional de la Energía, de 26 de abril de 2000, pág. 45, disponible en http://www.cne.es/cne/doc/publicaciones/CNE04_00.PDF.

⁷⁸⁴ Si se tiene en cuenta el contexto de liberalización, la creación de un mercado común, las insuficiencias del marco regulatorio, las escasas conexiones internacionales, las barreras de entrada, etc.

⁷⁸⁵ En este sentido el TDC, sostenía que : “La evaluación de la operación, según los criterios más recientes de las autoridades de competencia de la Comisión Europea, conduce a una conclusión similar...La concentración proyectada reduciría de cuatro a tres el número de operadores significativos de un mercado que presenta ya un elevado grado de concentración y en el que se han producido indicios de posible ejercicio del poder de mercado de los principales operadores”. *Cfr.* Expediente de Concentración Económica, C54/00, *Unión Eléctrica Fenosa-Hidroeléctrica del Cantábrico*, pág. 40, disponible en <http://www.cncompetencia.es>.

En este orden de ideas, disintimos del enfoque de evaluación tradicional llevado a cabo por el TDC, ajeno al estudio de la operación teniendo en cuenta que se trataba de un sector económico en transición, recientemente abierto a la competencia y con perspectivas de evolución de cara a la formación de un Mercado Ibérico de la Energía ⁷⁸⁶.

Desde la perspectiva de la industria eléctrica española, podríamos considerar esta operación como la primera respuesta local a la tendencia de otras empresas europeas de aumentar su dimensión, como se evidenciaba en aquel momento de las concentraciones EDF/London Electricity, VEBA/VIAG, EDF/EnBW. Estas operaciones anticipaban la intención de estas empresas (en particular de EDF y E.ON -VEBA/VIAG-) de convertirse en grandes grupos energéticos, naturalmente, al amparo de sus respectivos Gobiernos. Respaldo político con el que no contaron en esta oportunidad, ni Unión Fenosa ni Hidrocantábrico.

3.3. Operación ENDESA/IBERDROLA.

3.3.1. Características de la operación y empresas participantes.

El 17 de octubre del año 2000, Iberdrola remitió una comunicación a la CNMV, en la que presenta los detalles de una operación de concentración con Endesa, que según las partes involucradas en la operación, debía cerrarse en el segundo trimestre del 2001⁷⁸⁷. La

⁷⁸⁶ Por su parte, el enfoque dinámico de la evaluación de la CNE, le permitió interpretar con mayor prudencia y juzgar con menos rigidez, los efectos anticompetitivos de esta operación. *Vid.* LOPEZ DE CASTRO GARCIA MORATO, Lucia y ARIÑO, Gaspar; *"Derecho de la Competencia en Sectores..."*, *ob cit*, pág. 158.

⁷⁸⁷ *Vid.* Comunicación a la CNMV, registro 9085, de 17 de octubre de 2000, "Iberdrola remite presentación sobre la fusión con Endesa". Disponible en <http://www.cnmv.es/Portal/hr/verDoc.axd?t={74caef5-31a2-40fa-858e-229d1a8701f}>.

operación de concentración proyectada consistía en la fusión por absorción de Iberdrola por parte de Endesa⁷⁸⁸, a través de un canje de acciones y que daría lugar a que Endesa cambiase su denominación social por la de Endesa Iberdrola S.A.⁷⁸⁹.

Una de las particularidades de esta operación, radicaba en que, en el proyecto de fusión se incluía un plan de desinversión de activos, cuya ejecución -según las partes- permitiría la autorización de la fusión por las autoridades de defensa de la competencia. La

⁷⁸⁸ Otra operación de concentración adelantada por Endesa en el sector eléctrico español, fue la operación *Endesa/Hidroflamicell*, enfocada en los mercados de distribución y comercialización de electricidad, y aprobada mediante Acuerdo del Consejo de Ministros el 14 de febrero de 2003. *Vid.* Acuerdo del Consejo de Ministros de 14 de febrero de 2003, por el que se aprueba la operación de concentración *Endesa/Hidroflamicell* e Informe del Tribunal de Defensa de la Competencia, de 14 de enero de 2003, expediente de concentración económica C-76/02. Disponibles en www.cncompetencia.es. Por su parte, Iberdrola también ha participado en las operaciones de concentración *Ibernova/Gamesa* e *Iberdrola/Berrueza*. En la primera de estas operaciones, Ibernova, empresa perteneciente al grupo Iberdrola, pretendía adquirir determinados activos eólicos de la Sociedad Gamesa Corporación Tecnológica S.A. Esta operación, enfocada en el mercado de producción de energía eléctrica, fue aprobada condicionalmente mediante Acuerdo del Consejo de Ministros de 14 de marzo de 2003. Por su parte, la operación *Iberdrola/Berrueza*, enfocada en los mercados de distribución y comercialización de electricidad, fue declarada improcedente mediante Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de diciembre de 2001. *Vid.* Acuerdo del Consejo de Ministros de 14 de marzo de 2003, por el que se aprueba con condiciones la operación de concentración económica *Ibernova/Gamesa* e Informe del Tribunal de Defensa de la Competencia de 27 de febrero de 2003, expediente de concentración económica C-77/02; Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de diciembre de 2001, por el que se declara improcedente la operación de concentración económica *Iberdrola/Berrueza* e Informe del Tribunal de Defensa de la Competencia, de 23 de noviembre de 2001, expediente de concentración económica C-66/01. Disponibles en www.cncompetencia.es

⁷⁸⁹ El 17 de octubre de 2000, los Presidentes y Consejeros Delegados de Endesa e Iberdrola firmaron el protocolo de fusión y al día siguiente, el 18 de octubre, fue presentada ante el SDC, la respectiva solicitud de concentración. Según los términos de la fusión presentados por Iberdrola a la CNMV, los accionistas de Iberdrola recibirían 18 acciones de Endesa más 25 pesetas por cada 23 acciones de Iberdrola que tuviesen. Así las cosas, los accionistas de Endesa tendrían un 60% de "Endesa Iberdrola S.A." y los accionistas de Iberdrola un 40%. *Vid.* Comunicación a la CNMV, registro 9085, de 17 de octubre de 2000, diapositiva 3. Disponible en <http://www.cnmv.es/Portal/hr/verDoc.axd?t={74caef5-31a2-40fa-858e-229da1a8701f}>.

ejecución de este plan de desinversiones estaría seguido por un intenso proceso de inversiones que permitiría a la nueva empresa diversificar sus actividades desde una perspectiva geográfica y de negocios.

En este sentido, la fusión proyectada se estructuraba en tres fases que presentaban las siguientes características⁷⁹⁰:

En una primera fase se ejecutaría la fusión por absorción de Iberdrola por Endesa, adquiriendo en bloque y por sucesión universal, el patrimonio de Iberdrola, que se extinguiría sin liquidación.

Después de realizarse la inscripción de la escritura de fusión, se abriría una segunda fase de la operación consistente en la cesión de determinados activos, mediante ventas o permutas de activos a empresas españolas y extranjeras del sector energético. Estas ventas o permutas también se podrían realizar con empresas de otros sectores, en las que Endesa o Iberdrola tenían participaciones. Todos los activos involucrados en este proceso constarían en documento denominado “Plan de Desinversiones”, que debía ser aprobado por Endesa Iberdrola S.A.⁷⁹¹.

⁷⁹⁰ Vid. LOPEZ DE CASTRO GARCIA MORATO, Lucia y ARIÑO, Gaspar; “*Derecho de la Competencia en Sectores...*”, *ob cit*, pág. 165.

⁷⁹¹ Las empresas notificantes aclaraban que como característica especial del plan de desinversiones de activos de generación, se pretendía agrupar estos activos en paquetes significativos que incentivaran la entrada en el mercado eléctrico español de, al menos, dos nuevos competidores. En este orden de ideas, el proceso de desinversión de activos se llevaría a cabo de tal forma que Endesa Iberdrola S.A. mantuviese en España un parque de generación de las siguientes características: Una capacidad de generación aproximada de 20.300 MW, lo que equivalía a la capacidad de generación de Endesa en el momento de la fusión; El *mix* de generación tendría como referencia la composición integrada de la cartera de activos de generación de Endesa e Iberdrola, es decir un 40-45% hidráulica, 35-40% térmica y 20-25% nuclear; Endesa Iberdrola S.A. continuaría con los proyectos de generación existentes hasta un total de 2.800 MW, lo que equivaldría al mayor volumen de los autorizados previamente a cada una de las entidades involucradas en la operación. Respecto a los activos de distribución, en el plan de desinversiones se

Por último, la tercera fase de la operación planteada consistiría en el desarrollo de un “Plan de Expansión”. En efecto, para las partes, la cesión de los activos permitiría obtener recursos para llevar a cabo un plan de expansión, que tendría por objeto adquirir principalmente activos de generación, transporte, distribución o comercialización de energía eléctrica en terceros países, especialmente en Europa, con la finalidad de dar mayor protagonismo internacional a la nueva empresa⁷⁹². Del mismo modo, con la venta de estos activos se realizarían inversiones en otros sectores energéticos, en el área de telecomunicaciones, etc.

preveía la enajenación de una parte del negocio de distribución peninsular, que se estimaba en un volumen de más de 25.000 GWh de energía distribuida y que representaba alrededor de 4 millones de clientes. Frente a la actividad de comercialización, no se incluían sus activos en el proceso de desinversión. Lo que propusieron las empresas fue no renovar ciertos contratos ya suscritos, limitando así su cuota de mercado al 50% de la nueva energía contratada por los consumidores cualificados. Este compromiso se mantendría hasta el 1 de enero de 2003. *Vid.* LOPEZ DE CASTRO GARCIA MORATO, Lucia y ARIÑO, Gaspar; *“Derecho de la Competencia en Sectores...”*, *ob cit*, pág. 166.

⁷⁹² Merece la pena resaltar que este propósito de internacionalización es una constante en los argumentos de las partes que justifican la concentración. En este sentido, Endesa e Iberdrola afirmaban que “la globalización de la economía, la progresiva convergencia de los distintos mercados de productos y servicios energéticos, la construcción del mercado único europeo de la electricidad y la creciente y acelerada liberalización del mercado eléctrico español configuran un nuevo y exigente escenario, que plantea a las compañías españolas, cuyo negocio básico está constituido por la producción, distribución y comercialización de energía eléctrica, un reto al que están obligadas a dar la adecuada respuesta estratégica...”. Así las cosas, estas empresas “..han considerado que su fusión da respuesta a las exigencias empresariales impuestas por el marco internacional antes citado y señalan la complementariedad de sus actividades en los mercados eléctricos de España y de Iberoamérica, que supone una base para su futura expansión también europea y norteamericana en el ámbito energético, en el de las telecomunicaciones y otras actuaciones de diversificación en materia de nuevas tecnologías, convirtiéndose la empresa fusionada en líder en Europa e Iberoamérica.”. *Cfr.* Informe de la Comisión Nacional de la Energía sobre el Proyecto de Concentración consistente en la Fusión de Endesa, S.A., e Iberdrola, S.A. Informe de 28 de noviembre de 2000, pág. 10 y 11. Disponible en www.cne.es

Ahora bien, hay que tener presente que, según datos de 1999, Endesa controlaba el 42,44% del mercado de producción de energía eléctrica, mientras que Iberdrola poseía el 35,12% de este mercado. Así pues, eran (y siguen siéndolo) los dos principales agentes productores de electricidad (en términos de capacidad instalada) en el mercado español⁷⁹³.

En punto al mercado de distribución de electricidad, en el momento de la operación, Endesa tenía una cuota de mercado del 41%, mientras que Iberdrola poseía el 39%, acaparando entre las dos empresas el 80% del mercado de distribución⁷⁹⁴.

Por su parte, en el mercado de comercialización, Endesa tenía una cuota de mercado del 44%, mientras que Iberdrola alcanzaba el 41%, sumando entre las dos empresas el 85% del mercado de comercialización de electricidad⁷⁹⁵.

Así las cosas, una vez notificada la operación ante el Servicio de Defensa de la Competencia, este dio traslado del expediente a la CNE y al TDC, para que emitiesen sus respectivos informes sobre la operación.

3.3.2. Evaluación de la operación.

Para la CNE, la operación notificada podría suponer una mejora en la situación de competencia existente en aquel momento en el sector eléctrico español. No obstante,

⁷⁹³ Vid. Informe de la Comisión Nacional de la Energía de 28 de noviembre de 2000, pág. 60. Disponible en www.cne.es

⁷⁹⁴ Vid. Comunicación a la CNMV, registro 9085, de 17 de octubre de 2000, diapositiva 28. Disponible en <http://www.cnmv.es/Portal/hr/verDoc.axd?t={74cacef5-31a2-40fa-858e-229da1a8701f}>.

⁷⁹⁵ *Ibidem*.

subordinó su informe favorable al cumplimiento de determinados requisitos, entre los cuales destacamos⁷⁹⁶:

- Endesa Iberdrola S.A. debería enajenar su participación en el Operador del Mercado Ibérico de la Energía-Polo Español (OMEL), que excediera del máximo legal permitido (10%). Endesa Iberdrola S.A. también debería vender su participación en Red Eléctrica de España (REE).
- La capacidad instalada que podía tener la nueva empresa podía ser igual a la que tenía Endesa antes de la operación y en las mismas condiciones (45%). Paralelamente, la nueva empresa no podría construir nuevas centrales en 5 años, excepto si la cuota de generación bajaba del 40%, supuesto en el cual el plazo de la prohibición descendería a 3 años.
- La cuota máxima de distribución a clientes no cualificados sería el 41%; es decir, el margen de distribución “a tarifa” que en aquel momento poseía ENDESA. Se establecía como alternativa que la nueva empresa mantuviese una cuota del 62%, como proponían las empresas, si la diferencia (es decir, un 21% de los clientes) era gestionada por una sociedad independiente hasta el 1 de enero de 2004 .
- En relación a la actividad de comercialización, la nueva empresa debería desarrollar esta actividad a través de una filial separada y no directamente por la matriz.

⁷⁹⁶ Vid. Informe de la Comisión Nacional de la Energía de 28 de noviembre de 2000, págs.199, 202, 203, 205, 206, 213. Disponible en www.cne.es

Después de haber sido presentado el informe de la CNE -que anticipaba un desafortunado desenlace de la operación, teniendo en cuenta los estrictos requisitos exigidos- el 10 de enero del 2001, el TDC presentó su respectivo informe de la operación en cuestión⁷⁹⁷.

En este orden de ideas, para el TDC, el mercado geográfico afectado por la operación era el territorio peninsular español, criterio contrario al expuesto por las partes que ampliaban el mercado geográfico afectado a toda la península ibérica⁷⁹⁸. Asimismo, el TDC hizo énfasis en que el mercado geográfico de referencia, en el caso del suministro a consumidores finales, era de ámbito regional o incluso local, ya que las zonas geográficas podían presentar características de oferta y demanda muy distintas.

En cuanto a la delimitación del mercado de producto, el TDC incluyó las actividades de producción de energía eléctrica que se compra y se vende a través del “*pool*” o mercado mayorista, así como también el mercado de la energía adquirida mediante contratos bilaterales. También fueron incluidos como parte del mercado de producto afectado, las actividades de transporte, distribución y comercialización de electricidad.

⁷⁹⁷ Informe del TDC, Expediente de Concentración Económica C 60/00 ENDESA/IBERDROLA, de 10 de enero de 2001. Disponible en <http://www.cncompetencia.es/Default.aspx?TabId=116>

⁷⁹⁸ Los argumentos expuestos por Endesa e Iberdrola para considerar la península ibérica como el mercado geográfico afectado por la operación eran “el paulatino incremento de la relevancia de las importaciones de energía eléctrica para disciplinar el comportamiento de las entidades con activos de generación situados en España..” y que “la capacidad de interconexión con Portugal es suficiente como para que los productores españoles pudieran llegar a suministrar a través de la frontera el 20% de la demanda de aquel país”. Estos argumentos no fueron aceptados por el TDC, en primer lugar, porque la conexión comercial con Francia y Portugal representaba solamente el 2,5% y el 1,7% de la capacidad de generación del régimen ordinario, no pudiendo considerarse estas importaciones como relevantes para delimitar el mercado geográfico. Y, en segundo lugar, porque la capacidad de exportación de los generadores portugueses, dada la limitada capacidad de interconexión de la época, no les permitía satisfacer el 20% de la demanda del mercado español. *Vid.* Informe del TDC C 60/00, de 10 de enero de 2001, pág. 35. Disponible en <http://www.cncompetencia.es/Default.aspx?TabId=116>

Así las cosas, después de haber delimitado el mercado geográfico y de producto afectados, la valoración de los efectos de la concentración se concretaba en los siguientes términos⁷⁹⁹:

- En el momento de la operación, el mercado mayorista se encontraba en una situación que podía calificarse como un duopolio de Endesa e Iberdrola, que en conjunto alcanzaban cuotas de mercado cercanas al 80% de las ofertas. En este sentido, gracias a sus respectivas cuotas, estas empresas podían ejercer poder de mercado, por sí solas o a través de una colusión tácita. Para el TDC, la operación de concentración notificada creaba en el mercado mayorista una posición de dominio individual a favor de la empresa resultante de la fusión, debido a que se producía un alejamiento del segundo y único competidor real (Unión Fenosa, que tenía una cuota de mercado del 11, 7%, frente al 42% que tendrían Endesa Iberdrola S.A.)⁸⁰⁰.
- Según los términos de la operación notificada, en la actividad de transporte, Endesa Iberdrola S.A., alcanzaría una cuota del 35% en términos de kilómetros de red. Esta situación podría favorecer prácticas anticompetitivas en el acceso a la red a los terceros, con la finalidad de favorecer a las empresas del grupo y también

⁷⁹⁹ Vid. Informe del TDC C 60/00, de 10 de enero de 2001, págs. 64, 70, 72. Disponible en <http://www.cncompetencia.es/Default.aspx?TabId=116>

⁸⁰⁰ Del mismo modo, la mejora del *mix* de producción de la nueva empresa (manteniendo una cuota de mercado superior al 40%) y ver reforzado su poder de compra en el mercado mayorista, también contribuían a crear la posición de dominio individual argumentada por el TDC.

podría favorecer la aparición de monopolios regionales integrados verticalmente⁸⁰¹.

- En la actividad de distribución, la cuota resultante de la nueva empresa se situaría en el 61,5% del total de la distribución peninsular. Para el TDC, una cuota elevada en distribución, aún tratándose de una actividad regulada, implicaba una considerable ventaja competitiva en la actividad liberalizada de la comercialización⁸⁰².
- En la actividad de comercialización, Endesa Iberdrola S.A. tendría una cuota del 84,6% de la energía contratada para clientes elegibles. Situación que era, prácticamente, un monopolio, reforzado –además– por las ventajas de su mayor cuota en la actividad de distribución.

En suma, para el TDC, tal y como estaba notificada la operación, se pasaba de una posición de dominio colectivo (entre Endesa e Iberdrola), a una posición de dominio individual a favor de la nueva empresa resultante (Endesa Iberdrola S.A.)⁸⁰³.

Como argumentos a favor de esta operación, los notificantes alegaron que la operación de concentración notificada no suponía una creación o reforzamiento de la posición de dominio, puesto que los indicadores de concentración se reducían sustancialmente gracias

⁸⁰¹ Vid. JIMÉNEZ-LAIGLESIA, José María; JIMÉNEZ-LAIGLESIA, Juan y MASÍA, Jorge; “Examen de Concentraciones en el Sector Energético Español”, en: *Derecho de la Competencia y...*, ob cit, pág. 300.

⁸⁰² En efecto, si Endesa pasaba de tener una cuota del 40% al 61,5% en la actividad de distribución, su posición de dominio (casi absoluto en la actividad de comercialización) se vería considerablemente reforzada.

⁸⁰³ Vid. Informe del TDC, C 60/00 de 10 de enero de 2001, pág. 75. Disponible en <http://www.cncompetencia.es/Default.aspx?TabId=116>

al plan de desinversiones propuesto. De igual modo, el fundamento estratégico-empresarial de la operación, sustentado en el reposicionamiento, ganancia de eficiencias y economías de escala, coincidía con el interés público. Por último, las partes destacaban que esta concentración proporcionaba grandes beneficios en términos de competitividad internacional a la industria española y a los intereses de consumidores y usuarios⁸⁰⁴.

3.3.3. Decisión final.

El informe elaborado por el TDC declaró improcedente la operación en los términos en que había sido notificada por las partes, ya que, en esos términos, la operación obstaculizaría el mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado de la electricidad⁸⁰⁵. No obstante, la citada autoridad abrió la posibilidad de que la operación fuese aprobada, siempre y cuando las partes cumplieran un extenso catálogo de condiciones (condiciones aun más severas que las propuestas por la CNE) relacionadas con cesiones de activos, cuotas de mercado y los procedimientos de cesión. Entre estas condiciones destacamos:

⁸⁰⁴ *Ibid.*, págs. 7 y 8.

⁸⁰⁵ El TDC reconocía que la concentración llevaría a una disminución de costes y una mejora de la eficiencia productiva de la nueva empresa. No obstante, según su criterio, al quedarse Endesa Iberdrola S.A., como única empresa con posición de dominio, no existirían incentivos para trasladar las mayores eficiencias a los consumidores. La operación también propiciaría la entrada de nuevos competidores y el reforzamiento de los ya existentes. Sin embargo, para promover estos efectos favorables, y para que una mayor competencia permitiera que las ganancias de la eficiencia fuesen trasladadas a los consumidores, debía limitarse el poder de mercado de la empresa resultante. Esta reducción del poder de mercado debía hacerse desde el lado de la oferta (reduciendo su capacidad de generación al 35%), desde la demanda (reduciendo sus activos de distribución, su capacidad de comercialización) y suprimiendo su presencia en la actividad de transporte. *Vid.* Informe del TDC, C 60/00 de 10 de enero de 2001, pág. 74, 75, 76. Disponible en <http://www.cncompetencia.es/Default.aspx?TabId=116>

- La entidad resultante de la concentración no podía tener una capacidad de producción superior a 15.110 MW (equivalente al 35% de la capacidad instalada en régimen ordinario en aquel entonces).
- La entidad resultante debía enajenar todos sus activos de transporte de electricidad en alta tensión.
- La entidad resultante no podía tener una cuota de activos de distribución superior a la que tenía Endesa.
- La entidad resultante de la fusión, sus filiales y empresas participadas, debían limitar al 40% su cuota de mercado de la nueva energía eléctrica contratada por los consumidores cualificados. Esta restricción se mantendría vigente hasta el 1 de enero de 2004.
- El Plan de Cesión de Activos no podía prever la permuta de activos entre la entidad resultante y las entidades adquirentes. En este sentido, el mecanismo de enajenación de activos debía ser la subasta y debía facilitar la formación de, mínimo, dos grupos empresariales nuevos, con una cuota de mercado individual en generación superior al 10%.
- Los activos de generación y distribución debían enajenarse por separado.

El informe elaborado por el TDC fue remitido al Consejo de Ministros, el cual, siguiendo la línea de la autoridad de competencia, mediante Acuerdo de 2 de febrero de 2001, autorizó la fusión de Endesa e Iberdrola, condicionada al cumplimiento de 42 severas condiciones de diversa índole. Estas condiciones afectaban a los aspectos sustantivos de

la fusión, el procedimiento, el plan de desinversiones y la regulación de los periodos de transición⁸⁰⁶.

Conocidos los términos del acuerdo del Consejo de Ministros, teniendo en cuenta que bajo las condiciones impuestas la fusión daría nacimiento a una empresa de menores dimensiones que las mismas Endesa o Iberdrola, los Consejos de Administración de estas empresas renunciaron a la fusión al considerarla “no...viable ni de interés para los accionistas”⁸⁰⁷.

De haberse llevado a cabo esta fusión (mediante la negociación de la condiciones inicialmente sugeridas por la CNE) se hubiese creado una empresa que hoy podría considerarse de dimensiones equiparables a las grandes empresas energéticas de Alemania, Italia y Francia que dominan el sector⁸⁰⁸. En efecto, ninguna otra operación de concentración en el sector eléctrico español hubiese podido derivar en una empresa de la dimensión de Endesa e Iberdrola conjuntamente consideradas y, en consecuencia, se hubiese creado un “campeón nacional” del sector eléctrico europeo. Naturalmente, las restricciones a la competencia en el mercado eléctrico local eran más que evidentes, aunque, a nuestro modo de ver, un adecuado plan de desinversiones hubiera permitido la ejecución de la concentración y el favorecimiento de una condiciones de competencia deseadas (y practicables) en el momento en que fue planeada esta operación.

⁸⁰⁶ Vid. LOPEZ DE CASTRO GARCIA MORATO, Lucia y ARIÑO, Gaspar; “*Derecho de la Competencia en Sectores...*”, *ob cit*, pág. 177.

⁸⁰⁷ Cfr. *Ibidem*.

⁸⁰⁸ Por ejemplo, E.ON, entre el año 2000 y 2003, impulsó importantes operaciones de concentración con empresas alemanas como VEBA/VIAG, Fortum Kraftwerk Burghausen, Ruhrgas, Fortum Energie, Hein Gas, Stadwerke Heide y Stadwerke Asbach. Vid. LÉVÊQUE, François y MONTURUS, Ricardo; “*Mergers and Acquisitions within the European Power and Gas Sectors. Cases and Patterns*”, Centre d’Économie Industrielle (CERNA), Ecole Nationale Supérieure des Mines de Paris, enero, 2008, pág. 134 y ss. Disponible en <http://www.cerna.ensmp.fr/>

A este respecto, compartimos la reflexión de ARIÑO Y LOPEZ DE CASTRO, quienes, tratándose del sector energético, consideran que hay que plantearse cuál es la competencia “practicable” y “eficiente” en este campo, teniendo en cuenta que lo necesario es una competencia que pueda funcionar y que se adapte a las peculiaridades de la industria. En este sentido, los autores recuerdan que la competencia en sectores regulados -como el sector eléctrico- no debe identificarse nunca con la competencia en productos y mercancías. Por lo tanto, “...si el sector y los mercados requieren empresas grandes y fuertes, no es buena política ordenar, *ex ante*, su atomización . Si hay que dejar a un lado el índice Herfindahl-Hirschmann, o revisar el concepto de posición de dominio, debe hacerse, cuando las necesidades de un sector estratégico regulado lo exijan. La clave no está en el número de operadores –ni cuatro ni cinco- sin que esta en una *regulación para la competencia*, adaptada a las circunstancias de cada momento.”⁸⁰⁹.

3.4. Operación GAS NATURAL/IBERDROLA.

3.4.1. Características de la operación y empresas participantes.

El 10 de marzo del 2003, Gas Natural presentó ante la CNMV una OPA por el 100% de las acciones de Iberdrola. La contraprestación ofrecida por Gas Natural se estructuraba en dos partes: una en dinero y otra en acciones de Gas Natural. En este sentido, por cada 50 acciones de Iberdrola, Gas Natural entregaría al accionista 340 euros más 29 acciones de nueva misión de Gas Natural⁸¹⁰.

⁸⁰⁹ Cfr. LOPEZ DE CASTRO GARCIA MORATO, Lucia y ARIÑO, Gaspar; “*Derecho de la Competencia en Sectores...*”, *ob cit*, pág. 185.

⁸¹⁰ Esta contraprestación equivalía a valorar la acción de Iberdrola en 17,01 euros. *Vid.* Resolución de la CNE de 30 de abril de 2003, CNE 07/03, sobre la solicitud de autorización presentada por Gas Natural SDG, S.A. para tomar participaciones en el capital social de Iberdrola S.A., pág. 29. Disponible en www.cne.es

De acuerdo a los términos de la operación y a la contraprestación ofrecida, Iberdrola calificó la OPA como hostil, ya que consideraba que no reflejaba el valor real de la empresa⁸¹¹.

Como ya mencionamos en el análisis de las operaciones Unión Fenosa/Hidrocantábrico y Endesa/Iberdrola, Iberdrola era la segunda empresa más importante de electricidad en España, en términos de capacidad de producción, ventas en el *pool*, distribución y comercialización.

Por su parte, Gas Natural era la principal empresa de distribución de gas en España, siendo así el primer intento en la industria energética española, de llevar a cabo una concentración entre una empresa activa principalmente en el sector del gas y otra empresa activa en el sector eléctrico.

3.4.2. Evaluación de la operación.

El citado 10 de marzo de 2003, Gas Natural presentó ante la CNE, la solicitud de autorización de la operación, cumpliendo la exigencia establecida en el apartado 7, del artículo 63, de la Ley 34/1998 y en la disposición adicional undécima (tercero) de la misma ley⁸¹².

⁸¹¹ Vid. JIMÉNEZ-LAIGLESIA, José María; JIMÉNEZ-LAIGLESIA, Juan y MASÍA, Jorge; “Examen de Concentraciones en el Sector Energético Español”, en: *Derecho de la Competencia y...*, *ob cit*, pág. 302.

⁸¹² La función decimocuarta de la disposición adicional undécima (tercero) de la Ley 34/1998, otorga a la CNE la función de “autorizar la adquisición de participaciones realizada por sociedades con actividades que tienen la consideración de reguladas o actividades que estén sujetas a una intervención administrativa que implique una relación de sujeción especial, tales como centrales térmicas nucleares, centrales térmicas de carbón de especial relevancia en el consumo de carbón de producción nacional, o que se desarrollen en los sistemas eléctricos insulares y extrapeninsulares, así como las actividades de almacenamiento de gas natural o de transporte de gas natural por

Ahora bien, los argumentos expuestos por Gas Natural ante la CNE, defendiendo la autorización de la operación, se articulaban en los siguientes términos⁸¹³:

- La adquisición de participaciones en otras sociedades, por parte de sociedades con actividades reguladas, era un derecho legal y constitucionalmente reconocido, manifestación concreta de los principios de libertad de empresa y de adquisición de propiedad.
- La autorización previa prevista en el artículo 63.7 de la Ley 34/1998, consistía en una verificación de que la adquisición proyectada no afectaba negativamente a las actividades reguladas y, en su caso, establecer determinadas condiciones. Asimismo, debía presumirse que el ejercicio del derecho de adquisición de participaciones en otras sociedades, no producía efecto negativo alguno, ni conllevaba riesgos para las actividades reguladas.
- Las condiciones para el ejercicio de actividades reguladas no podía tener un alcance tal que de aplicación supusiese la imposibilidad, legal o real, de ejecutar eficazmente la operación proyectada. Además, las condiciones que fuesen

medio de gasoductos internacionales que tengan como destino o tránsito el territorio español”. Este tipo de adquisiciones podían denegarse como consecuencia de la existencia de riesgos significativos o efectos negativos, directos o indirectos, sobre las actividades consideradas como reguladas en la Ley 34/1998. Por su parte, el apartado 7 del artículo 63 de la Ley 34/1998, establecía que “aquellas sociedades mercantiles que desarrollen actividades reguladas, podrán tomar participaciones en sociedades que lleven a cabo actividades en otros sectores económicos distintos del sector del gas natural, previa obtención de la autorización a que se refiere la disposición adicional undécima, tercero, 1 decimocuarta de esta Ley...”. Esta norma ha sido modificada por la Ley 12/2007 de 2 de julio. *Vid.* Ley 34/1998, disponible en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l34-1998.t6.html#da11

⁸¹³ *Vid.* Resolución de la CNE 07/03, de 30 de abril de 2003, pág. 10 y 11. Disponible en www.cne.es

impuestas debían inspirarse en el principio de mínima intervención, de tal modo que fuesen proporcionadas.

- De acuerdo a la permanente colaboración de Gas Natural ante la CNE (y el grado de garantías y compromisos asumidos para evitar riesgos y efectos negativos para las actividades reguladas), el solicitante tenía derecho a obtener una decisión de autorización. Además, la estructura jurídica y financiera de la operación, así como los compromisos asumidos, aseguraban que no se producirían efectos negativos o riesgos para las actividades reguladas.

Por el contrario, Iberdrola se oponía expresamente a la autorización de la operación, justificando su posición ante la CNE en los siguientes términos⁸¹⁴:

- Con la operación planteada podría lesionarse el principio de separación de actividades, que previene la transferencia de rentas de monopolio, desde las actividades reguladas hacia las actividades abiertas a la competencia.
- La operación planteaba riesgos significativos, de naturaleza no económica. Entre ellos, se destacaban: la disponibilidad de recursos con origen en actividades reguladas, destinados a pagar una prima a los accionistas de Iberdrola y no a los compromisos regulatorios; los riesgos que se generaban sobre la continuidad de las inversiones y la garantía del suministro; la incertidumbre sobre la estructura accionarial del grupo resultante.
- La operación también planteaba riesgos significativos de naturaleza económica, a saber: el impacto negativo de la operación en la situación financiera del grupo

⁸¹⁴ Vid. Resolución de la CNE 07/03, de 30 de abril de 2003, pág. 12 y 13. Disponible en www.cne.es

resultante, el elevado grado de endeudamiento, el impacto negativo de las desinversiones⁸¹⁵, la reducción de inversiones y la inexistencia de las sinergias planteadas por Gas Natural.

- Con la ejecución de la operación se producían efectos negativos, como la integración vertical en el mercado de la electricidad, la creación de una posición de dominio en el sector gas-electricidad y los efectos sobre las condiciones de competencia en los mercados de electricidad.

Ahora bien, el análisis efectuado por la CNE se centró en determinar los riesgos y efectos negativos derivados de la operación, que afectarían a las actividades reguladas. En punto a este análisis, podemos destacar las siguientes conclusiones⁸¹⁶:

- El plan de inversiones presentado por Gas Natural, en la actividad de distribución de electricidad, representaba un 12% menos de las inversiones previstas por Iberdrola en el periodo 2003-2006. En consecuencia, para la CNE, esta circunstancia podría poner en peligro la favorable evolución de la calidad de servicio ofrecida por Iberdrola a los usuarios del servicio.

⁸¹⁵ En efecto, Gas Natural había presentado ante el SDC, un plan de desinversiones cercano a los 5.000 millones de euros. Este plan de desinversiones complementaba la adquisición de las acciones de Iberdrola con una reducción de las inversiones inicialmente previstas por las dos compañías. Respecto al plan de desinversiones, Gas Natural las clasificaba en dos grandes grupos, desinversiones líquidas y desinversiones menos líquidas. Las desinversiones líquidas eran las realizadas en el corto plazo y se referían a participaciones en el capital de empresas, valorándose en 2.200 millones de euros los recursos que podrían obtenerse. Por su parte, las desinversiones menos líquidas correspondían a activos materiales, principalmente a plantas de generación (en España y en Latinoamérica) y a redes de distribución de gas en España, con un valor estimado en 2.800 millones de euros. *Vid.* Resolución de la CNE 07/03, de 30 de abril de 2003, págs. 30 y 31. Disponible en www.cne.es

⁸¹⁶ *Vid.* Resolución de la CNE 07/03, de 30 de abril de 2003, págs. 87, 91, 94, 96, 98, 99. Disponible en www.cne.es

- La CNE coincidía con Iberdrola en punto al desarrollo futuro de las actividades reguladas. En efecto, esta autoridad también tenía dudas sobre la continuidad de este desarrollo, teniendo en cuenta la posible transferencia de rentas desde las actividades reguladas a las liberalizadas. Para la CNE, si se ejecutaba la concentración, no era posible garantizar que la nueva empresa iba a realizar las inversiones necesarias (especialmente en el desarrollo de la distribución de gas) en las condiciones que lo harían Gas Natural e Iberdrola si se mantuviesen como empresas independientes⁸¹⁷.
- También podrían producirse efectos negativos en punto al desarrollo y expansión de las actividades reguladas de distribución de gas y electricidad. Por ejemplo, la nueva empresa podría tener el incentivo comercial de destinar buena parte de sus inversiones para el desarrollo de la red de gas, solamente en las zonas donde previamente existía una red de distribución de electricidad. Esta circunstancia obstaculizaría la expansión y el desarrollo de las infraestructuras energéticas, en especial las de gas⁸¹⁸.

⁸¹⁷ Desconocía la CNE que el problema de los subsidios cruzados en los grupos empresariales del sector energético, es un problema de competencia intrínseco del sector y no un problema derivado de esta operación de concentración en particular. Es un problema común a cualquier otro mercado energético en el que operen grupos empresariales con participación en diferentes actividades, en competencia o reguladas. De ahí la importancia de contar con una adecuada regulación sectorial en materia de separación de actividades. *Vid.* DE QUINTO, Javier; DEL GUAYO, Iñigo; ATIENZA, Luis y WATT, Richard; “Análisis Jurídico y Económico de la OPA de Gas Natural sobre Iberdrola”, en: Revista Digital “*Documentos de Trabajo en Análisis Económico*” (EAWP), Colegio de Economistas de la Coruña, Volumen 2, 2003, pág. 101. Disponible en <http://portalv.economistascoruna.org/eawp/>

⁸¹⁸ Este argumento no era aceptable ya que los planes de expansión de Gas Natural le obligaban a actuar en todo el territorio y, además, existían contratos que le obligaban a extender la red en la once Comunidades Autónomas donde operaba. Para los autores, los antecedentes relacionados con el comportamiento contractual de Gas Natural, tampoco sugerían que pudiese incumplir sus respectivos compromisos de inversión. *Ibidem*

- La CNE cuestionaba la viabilidad financiera de la operación, teniendo en cuenta la incertidumbre sobre el grado de endeudamiento que se planeaba financiar con el patrimonio de las empresas que desarrollaban actividades reguladas. Para la autoridad sectorial, según el principio de separación de actividades, el patrimonio de las “empresas reguladas” no debería asumir ninguna responsabilidad económica en la concentración⁸¹⁹.
- Por último, la CNE descartó la posibilidad de aprobar la operación bajo condiciones, debido a dudas relativas a la eficacia de estas condiciones. Para esta autoridad, en caso de incumplimiento de las condiciones impuestas, no sería posible revertir la operación al estado previo de su ejecución. Así las cosas, la aprobación condicionada de la concentración no eliminaba, en caso de incumplimiento, los riesgos significativos para las actividades reguladas.

3.4.3. Decisión final.

Sobre la base de los argumentos anteriormente mencionados, la CNE denegó la autorización de la operación solicitada por Gas Natural. En consecuencia, Gas Natural desistió de la oferta ante la CNMV, entidad que aprobó el desistimiento el 8 de mayo de 2003.

⁸¹⁹ Resultaba contradictorio que la CNE cuestionara la viabilidad financiera de la concentración, cuyo ratio de solvencia -al día siguiente de la operación- era del 65%, si en el año 2000, en la operación Unión Fenosa-Hidrocarbónica, la Comisión no cuestionó el ratio de solvencia que era del 68%. *Vid.* DE QUINTO, Javier; DEL GUAYO, Iñigo; ATIENZA, Luis y WATT, Richard; “Análisis Jurídico y Económico de la OPA de Gas Natural.....”, *ob cit*, pág. 99. Disponible en <http://portalv.economistascoruna.org/eawp/>.

En esta operación llama la atención el razonamiento que expone la CNE sobre la imposición de condiciones a la operación. De todas las operaciones estudiadas en el presente trabajo, este es el único caso en el que se argumenta que no es posible autorizar con condiciones la concentración ya que, en caso de incumplimiento de las condiciones impuestas, no sería posible revertir la operación al estado anterior de su aprobación.

Este argumento no puede ser compartido puesto que el riesgo de incumplimiento de las condiciones impuestas siempre está presente en todas las operaciones aprobadas condicionadamente. En este sentido, prohibir una concentración con fundamento en un posible incumplimiento futuro de las condiciones impuestas, implicaría que no sería posible aprobar de forma condicionada ninguna concentración, ya que este riesgo de incumplimiento siempre está presente⁸²⁰.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que en materia de concentraciones, los supuestos de incumplimiento de las condiciones impuestas por las autoridades, son considerados como una falta muy grave en la LDC. Este incumplimiento genera consecuencias económicas muy severas para el infractor que, precisamente, buscan persuadirle para que evite a toda costa este incumplimiento⁸²¹.

Ahora bien, debe indicarse que la CNE no se detuvo a profundizar en los efectos que la operación tendría en materia de competencia en el sector eléctrico español, sino que hizo

⁸²⁰ En punto a este novedoso argumento de la CNE, ARIÑO y LOPEZ DE CATRO sostienen que “Esta nueva doctrina regulatoria, no demostrada ni argumentada, sin precedentes en Derecho Público Europeo, es al parecer, el argumento decisivo que originó un súbito bandazo del Presidente de la CNE, que impidió la creación de la tercera energética europea”. Cfr. ARIÑO ORTIZ, Gaspar y LOPEZ DE CASTRO, Lucia; “La OPA Hostil de Gas Natural sobre Iberdrola y el Veto de la CNE”; en: *Energía en España y Desafío Europeo*, Editorial Comares, Granada, 2006, pág. 367.

⁸²¹ Vid. Artículo 62 y 63 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, disponible en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/115-2007.t4.html#a59

hincapié en los riesgos que tendría la ejecución de la operación en las actividades reguladas. Así las cosas, desconocemos su criterio detallado sobre los efectos de la concentración en materia de competencia y habiendo negado su autorización, también desconocemos el tipo de análisis que en materia de competencia hubiese realizado el TDC.

En punto al papel que cumplió el regulador sectorial en esta operación, destacamos que el Profesor ARIÑO, entre otras críticas, manifiesta que la CNE se extralimitó en sus funciones al haber realizado un juicio sobre el presente y el futuro del sector del gas y la electricidad en España, que sirvió de sustento para bloquear el desarrollo de la operación. Actuación que, en su opinión, excedía sus competencias y no servían de sustento válido para una decisión de esta naturaleza⁸²².

Es necesario tener en cuenta que en la doctrina, esta operación, era considerada una buena oportunidad para reestructurar el sector energético español, gracias al programa de desinversiones propuesto por las partes y a las condiciones que el TDC y el Gobierno, eventualmente, podrían imponer, siempre y cuando no desnaturalizaran la concentración propuesta.

En efecto, voces autorizadas como DE QUINTO, DEL GUAYO, ATIENZA Y WATT, sostenían que “En una operación como la que significaría la integración de GN e Iberdrola, el mantenimiento de la competencia podría alcanzarse con éxito mediante las exigencias de desinversión que procedan, las cuales, a su vez, habrán de imponerse en el marco del derecho en vigor. De donde, por lo demás, esta operación podría constituir (si los poderes reguladores se ejercitan correctamente), una ocasión oportuna para

⁸²² Vid. ARIÑO ORTIZ, Gaspar y LOPEZ DE CASTRO, Lucia; “La OPA Hostil de Gas Natural sobre Iberdrola y el Veto de la CNE”; en: *Energía en España y Desafío...*, ob cit, pág. 370.

reestructurar tanto el mercado gasista como el eléctrico y, en consecuencia, para elevar el nivel de competencia en ambos mercados”⁸²³.

Los mencionados autores afirmaban que en esta operación, el Gobierno -en su calidad de protector del interés público- tenía una nueva oportunidad para aumentar la competencia en el sector y para satisfacer otras exigencias propias de la política energética española, como el aumento de la diversificación y la seguridad del sistema energético; aspectos que, finalmente, beneficiaban a los consumidores⁸²⁴.

Ante la debilidad de los argumentos de la CNE, existen opiniones que apuntan a la influencia política en la decisión de la Comisión. Los votos particulares que acompañan

⁸²³ *Cfr.* DE QUINTO, Javier; DEL GUAYO, Iñigo; ATIENZA, Luis y WATT, Richard; “Análisis Jurídico y Económico de la OPA de Gas Natural.....”, *ob cit*, pág. 56. Disponible en <http://portalv.economistascoruna.org/eawp/>.

⁸²⁴ *Vid.* DE QUINTO, Javier; DEL GUAYO, Iñigo; ATIENZA, Luis y WATT, Richard; “Análisis Jurídico y Económico de la OPA de Gas Natural.....”, *ob cit*, pág. 60. Disponible en <http://portalv.economistascoruna.org/eawp/>. Para los autores de este trabajo, la competencia en el mercado de comercialización de gas natural no estaría amenazada, debido a que en el momento de la concentración, el mercado controlado por Iberdrola no era muy alto. Además, tampoco implicaba una consolidación de la posición de dominio de Gas Natural en este mercado, debido a que la competencia en el sector no procedía del número de competidores sino de la apertura del gas canalizado que llegaba por tubería a la Península Ibérica. Los autores resaltaban que, en aquel entonces, el grado de competencia en el mercado de gas era bastante limitado por las restricciones de la oferta derivadas de la irrelevancia de la producción nacional y por las pocas empresas suministradoras en los países exportadores de gas natural. Por estas razones, se concluía que el grado de competencia al que se podía aspirar en este mercado era pequeño. Por otra parte, en punto a los contratos de aprovisionamiento que tenía Gas Natural, estos pasarían a la cartera de Iberdrola sin alterar el grado de diversificación de los aprovisionamientos. Así pues, podía afirmarse que no se comprometía la seguridad del sistema ni la de los consumidores. En suma, concluyen, era posible autorizar la operación en la medida en que de los compromisos o condiciones impuestas en el proceso de control, se derivaran beneficios para la competencia en el mercado eléctrico y en el mercado gasista. *Vid.* DE QUINTO, Javier; DEL GUAYO, Iñigo; ATIENZA, Luis y WATT, Richard; “Análisis Jurídico y Económico de la OPA de Gas Natural.....”, *ob cit*, pág. 58, 59 y 60. Disponible en <http://portalv.economistascoruna.org/eawp/>.

la Decisión, son muestra evidente de los desacuerdos en el seno de la Comisión, a la hora de valorar los argumentos que sustentaron la decisión tomada. En particular, teniendo en cuenta que, en vez de denegar la operación, la CNE podía haber permitido su trámite bajo el cumplimiento de condiciones específicas. Esta actuación motivó que se generasen las primeras dudas sobre la credibilidad e independencia del regulador sectorial⁸²⁵.

En este orden de ideas, unos años más tarde, como consecuencia de la actuación del Gobierno y de la CNE en el desarrollo de la OPA de E.ON sobre Endesa, sería evidente que, precisamente, una de las principales debilidades institucionales del sector eléctrico español es la falta de independencia de la Comisión de regulación sectorial⁸²⁶.

3.5. Operación GAS NATURAL/ENDESA.

3.5.1. Características de la operación y empresas participantes.

El 5 de septiembre de 2005, Gas Natural presentó ante la CNMV una OPA sobre el 100% del capital de Endesa, por un valor de 22.549 millones de euros⁸²⁷. Según los términos de la operación planteada, la oferta consistía en un intercambio de acciones y un pago en metálico, en una proporción del 65,5% y un 34,5%, respectivamente⁸²⁸.

⁸²⁵ Vid. ARIÑO ORTIZ, Gaspar y LOPEZ DE CASTRO, Lucia; “La OPA Hostil de Gas Natural sobre Iberdrola y el Veto de la CNE”; en: *Energía en España y Desafío...*, ob cit, pág. 370.

⁸²⁶ Vid. *supra*. Apartado 3.8 del segundo capítulo y Vid. *infra*. Apartados 3.5. y 4.4. del tercer capítulo.

⁸²⁷ Esta suma valoraba la acción de Endesa en 21,30 euros. Vid. Informe del 5 de septiembre de 2005 presentado por Gas Natural ante la CNMV, sobre la OPA lanzada por el 100% de Endesa, pág. 1. Disponible en www.cnmv.es

⁸²⁸ Esta oferta estaba condicionada a que Gas Natural alcanzara el 75% de las acciones que configuraban el capital social de Endesa y a que se realizaran modificaciones en los estatutos de Endesa, relativas al levantamiento de restricciones en el número de votos ejercitables por los accionistas, tipología y composición del Consejo de

Gas Natural también informaba a la CNMV acerca de un acuerdo que –previamente- había alcanzado con Iberdrola, en relación a la futura venta de algunos activos de la sociedad resultante tras la concentración. En efecto, mediante este acuerdo, Gas Natural se comprometía a vender a Iberdrola determinados activos⁸²⁹, que estaban incluidos en el plan de desinversiones elaborado como parte integrante de la operación. Este acuerdo de venta estaba condicionado al éxito de la oferta presentada por Gas Natural.

Como ya hemos mencionado reiteradamente en el presente trabajo, en el momento de la operación, Gas Natural era la principal empresa distribuidora de gas natural en España y Endesa⁸³⁰ era la principal empresa de electricidad, activa en las actividades de producción, transporte, distribución y comercialización de energía eléctrica⁸³¹. En este

Administración y las condiciones exigibles para ser consejero delegado o miembro del Consejo de Administración. *Ibid.* pág. 3.

⁸²⁹ Estos activos incluían instalaciones de producción de electricidad en España y Europa, algunos sistemas de distribución eléctrica en España y determinadas áreas de distribución de gas en zonas geográficas donde Iberdrola estaba presente. *Ibidem*.

⁸³⁰ De acuerdo con SUDRIÀ, la creación de Endesa se remonta a los años siguientes a 1940 cuando el Estado español, en respuesta a la delicada situación de abastecimiento eléctrico crea tres empresas: Endesa, Encaso y Enher. Por su parte, Gas Natural surge en 1991 cuando se integran en una sola empresa las dos mayores distribuidoras de gas (Catalana de Gas y Gas Madrid) con los activos gasistas de Repsol. Para conocer el papel que han jugado Gas Natural y Endesa en el marco del desarrollo industrial español y su respectiva evolución empresarial *Vid.* SUDRIÀ, Carles; “Un Bosquejo Histórico de la Energía en la Industrialización de España”, en: *Energía: Del Monopolio a.....*, *ob cit*, pág. 41 y ss.

⁸³¹ Asimismo Gas Natural también operaba a menor escala en el sector eléctrico y Endesa hacia lo propio en el sector de gas. Debe destacarse –además- que ambas empresas tenían una importante presencia en diferentes países de Latinoamérica como Chile, Argentina, Perú, Colombia, México, Brasil, entre otros. Incluso, en algunos de estos países, como en el caso de Endesa en Chile o Gas Natural en Colombia, es el operador sectorial dominante. En este sentido, desde la perspectiva del sector energético latinoamericano, podemos afirmar que este proyecto de concentración ha sido uno de los más importante del sector en los últimos años teniendo presente que de haberse

sentido, Gas Natural argumentaba que esta operación daría paso a la creación del tercer grupo *multiutility* del mundo y la primera empresa de gas y electricidad de España, con 16 millones de clientes en Europa y más de 30 millones en el mundo⁸³².

Por su parte, Endesa rechazó, de manera categórica, la operación presentada por Gas Natural al considerar que esta no valoraba de manera suficiente a Endesa y la catalogó como una OPA hostil.

3.5.2. Evaluación de la operación.

efectuado con éxito esta operación, el nuevo grupo distribuiría electricidad y gas en Buenos Aires, Bogotá, Santiago de Chile, Lima, Río de Janeiro, São Paulo, Monterrey y México D.F. De acuerdo con esta perspectiva, Gas Natural argumentaba, con razón, que en Latinoamérica esta operación le permitiría asumir una posición de liderazgo en mercados en crecimiento. En punto al caso Colombiano, esta posición de liderazgo estaba plenamente garantizada teniendo en cuenta la posición de estas dos empresas en el mercado energético nacional: Gas Natural, en el momento de la operación tenía un millón quinientos mil clientes en el sector del gas, mientras que Endesa tenía dos millones de clientes en el sector eléctrico. *Vid.* Presentación enviada por Gas Natural a la CNMV, el 6 de septiembre de 2005, dispositiva 25. Disponible en www.cnmv.es. Para conocer en detalle la estrategia de expansión en Latinoamérica del grupo Endesa, *Vid.* ROZAS BALBONTÍN, Patricio; *“Internacionalización y Estrategias Empresariales en la Industria Eléctrica de América Latina: El Caso de ENDESA”*, Serie Recursos Naturales e Infraestructura núm. 133, ONU-CEPAL, Santiago de Chile, 2008.

⁸³² Para Gas Natural esta operación estaba en línea con otras concentraciones similares que se habían llevado a cabo en Europa (EDP/Hidrocarbónico, E.ON/Ruhrigas, etc), permitiendo la creación de empresas integradas en la gestión de los servicios de gas y electricidad. Por otra parte, el nuevo grupo empresarial contaría con un óptimo *mix* de generación, una sólida estructura financiera (que garantizaría la inversión en los negocios regulados y en otros liberalizados) y contribuiría a la creación de una mayor competencia efectiva en el mercado energético español. Del mismo modo, Gas Natural también resaltaba la creación de valor y sinergias como producto de la operación, como por ejemplo el ahorro en los costes y la reducción de gastos corporativos. Asimismo la concentración otorgaría una intensa dinámica a las oportunidades de crecimiento, en especial en términos de nuevas inversiones. *Vid.* Informe del 5 de septiembre de 2005 presentado por Gas Natural ante la CNMV, sobre la OPA lanzada por el 100% de Endesa, págs. 4,5,6. Disponible en www.cnmv.es

El informe de la concentración elaborado por la CNE, señala que la operación tendría como efecto un deterioro en las condiciones de competencia existentes en el sector energético español. No obstante, agrega, estos efectos podían ser contrarrestados mediante la imposición de determinadas condiciones, entre las que destacaban las siguientes⁸³³:

- Respecto del aprovisionamiento de gas natural⁸³⁴, el grupo resultante de la concentración debería ceder el gas equivalente al aprovisionamiento que tenía Endesa en el momento de la presentación de la OPA. Asimismo, debería ponerse a disposición de otras empresas comercializadoras de gas (no integradas en el grupo empresarial resultante) la cantidad de gas del contrato SAGANE I, que se estimase (anualmente) excedía las necesidades del consumo a tarifa.
- Respecto del transporte de GNL, debería venderse a Enagas las participaciones de Endesa en Saggas (20%), promotora y propietaria de la planta de regasificación de Sagunto, y en Reganosa (21%), promotora y propietaria de la planta de

⁸³³ Vid. Informe de la CNE 33/2005, de 20 de diciembre de 2005, sobre el proyecto de concentración consistente en la adquisición del control de Endesa, S.A. por parte de Gas Natural SDG, S.A. mediante oferta pública de adquisición de acciones, págs. 332, 333, 334, 348, 349, 350, 358, 359, 360, 361. Disponible en www.cne.es. Este informe, como ya hemos señalado, fue elaborado en cumplimiento de lo dispuesto por la disposición adicional undécima, tercero, 1, de la Ley 34/1998, que atribuye a la CNE el ejercicio de determinadas funciones, entre las que se encuentra la función decimoquinta, que tiene por objeto “informar preceptivamente sobre las operaciones de concentración de empresas o de toma de control de una o varias empresas energéticas por otra que realice actividades en el mismo sector cuando las mismas hayan de ser sometidas al Gobierno para su decisión, de acuerdo con la legislación vigente en materia de competencia”. Cfr. Disposición adicional undécima, tercero, 1, de la Ley 34/1998. Disponible en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l34-1998.t6.html#da11

⁸³⁴ En este sector, la consecuencia más importante de la operación estudiada era, según la CNE, el refuerzo de la posición dominante de Gas Natural ya que integraba en su cartera los contratos de aprovisionamiento de gas del grupo Endesa. Vid. Informe de la CNE 33/2005, de 20 de diciembre de 2005, pág. 330. Disponible en www.cne.es.

regasificación de Ferrol y de una futura red de gasoductos de transporte de 130 kms.

- En materia de generación eléctrica⁸³⁵, el grupo resultante debería mantener los compromisos de proyectos de inversión previstos por Gas Natural y Endesa y debería desinvertir una potencia instalada de al menos 4.300 MW. Las plantas de generación eléctrica a enajenar deberían estar en funcionamiento, ser retirables, tener una vida útil superior a 10 años y deberían estar en la península (al menos 400 MW de esa potencia deberían estar ubicados en Cataluña y Andalucía). Este plan de venta debería iniciarse en el 2006 y terminarse en tres años.
- En punto a las actividades de comercialización y distribución de gas y electricidad⁸³⁶, la CNE proponía dos alternativas. La primera consistía en el mantenimiento de las actividades de distribución y comercialización en el mismo grupo empresarial, pero sin la posibilidad de comercializar temporalmente en las zonas donde tuviesen redes de distribución superpuestas; la separación funcional entre distribución y comercialización y la desinversión de activos de distribución de gas, debiendo segregarse, al menos, 1.500.000 puntos de suministro de gas natural. La segunda alternativa era que en las comunidades autónomas donde hubiese un solapamiento en la propiedad de las redes de distribución de gas y

⁸³⁵ Para la CNE, la consecuencia más importante de la operación en este sector era el aumento significativo de la concentración y la pérdida de Gas Natural como el competidor potencial mas solido de las empresas eléctricas ya establecidas. *Vid.* Informe de la CNE 33/2005, de 20 de diciembre de 2005, pág. 334. Disponible en www.cne.es.

⁸³⁶ En estos sectores, las consecuencias más importante de la operación eran el refuerzo de la posición de dominio del grupo resultante en la actividad de comercialización de gas y electricidad, la desaparición de Gas Natural como competidor importante y dinámico en la actividad de comercialización de electricidad y la desaparición de Endesa como competidor en la comercialización de gas natural. *Vid.* Informe de la CNE 33/2005, de 20 de diciembre de 2005, pág. 350, 351, 355, 356. Disponible en www.cne.es.

electricidad, debería garantizarse la existencia de dos distribuidores más de estos servicios, accionarialmente independientes.

En suma, la CNE concluía que la operación planteaba numerosos problemas regulatorios, que afectaban el funcionamiento eficiente de los mercados energéticos. Por este motivo, esta autoridad proponía presentar al Gobierno propuestas regulatorias que mitigaran los problemas de competencia identificados en el sector del gas y la electricidad.

Ahora bien, en enero de 2006, el TDC emitió su respectivo informe sobre la operación, proponiendo al Gobierno que no autorizara la OPA, puesto que la consideraba "incompatible" con la libre competencia y "gravemente perjudicial" para los intereses de los consumidores⁸³⁷. En efecto, para el Tribunal, la ejecución de esta operación tendría los siguientes efectos en el sector energético español⁸³⁸:

⁸³⁷ Previo al informe del TDC, la operación había sido notificada al SDC el 12 de septiembre de 2005. En las conclusiones del informe elaborado por el SDC, se señalaba que mediante esta operación se integraría el principal grupo gasista español, controlado conjuntamente por La Caixa y Repsol, con uno de los dos principales operadores eléctricos, dando lugar a un operador verticalmente integrado y con fuerte presencia en todos los mercados energéticos. Asimismo, desaparecería un competidor presente en los mercados de gas y electricidad, con perspectivas de crecimiento en el futuro inmediato. Así las cosas, el SDC consideraba preciso realizar un análisis en profundidad para determinar el alcance de las amenazas para la competencia y, de ser necesario, la adecuación de los compromisos para descartar un deterioro de la competencia. Consiguientemente, remitió la operación al TDC, que el 5 de enero de 2006, publicó su informe C94/05. *Vid.* Informe del TDC C94/05, del 5 de enero de 2006, *Gas Natural/Endesa*. Disponible en www.cncompetencia.es

⁸³⁸ En el sector del gas, los mercados de producto afectados por la operación eran: el aprovisionamiento, el transporte, distribución y suministro a clientes finales (grandes consumidores, consumidores domésticos, pequeñas y medianas empresas y centrales de generación de ciclo combinado). En el sector eléctrico, los mercados de producto afectados eran: la generación de electricidad, distribución y el suministro (a grandes clientes en alta tensión, a clientes domésticos y a PYMES en baja tensión). Por su parte, tratándose de la actividad de aprovisionamiento de gas, el TDC determinó que el mercado geográfico relevante era superior al ámbito nacional. Respecto al transporte de gas, infraestructuras de importación de gas y generación eléctrica, el mercado geográfico era el territorio

- La empresa resultante reforzaría su poder de mercado como principal proveedor de gas natural -gracias a la suma de las cuotas de mercado de Endesa- y a la desaparición de esta como competidora en este mercado⁸³⁹.
- La empresa resultante reforzaría su poder de mercado en la actividad de generación de electricidad, gracias a la suma de las capacidades de generación de Gas Natural y Endesa. En este sentido, el TDC destacó la desaparición de Gas Natural como competidor de peso de Endesa en la generación de electricidad. La empresa resultante también tendría más del 25% de su potencia instalada en centrales de ciclo combinado, pudiendo frenar los incrementos de las inversiones en nueva capacidad de generación⁸⁴⁰. Además, la nueva empresa podría trasladar mayores precios a los consumidores al obtener un doble beneficio: en primer

peninsular español. Por último, la distribución de gas y de electricidad tenían un ámbito regional. *Vid.* Informe del TDC C94/05, del 5 de enero de 2006, pág. 80 y ss, disponible en www.cncompetencia.es

Es necesario tener presente que para el TDC, los mercados de producto afectados por la operación, desde el punto de vista de la competencia, tenían las siguientes debilidades: El mercado de aprovisionamiento de gas natural estaba en manos Gas Natural como operador dominante, con acceso casi exclusivo a gasoductos internacionales y con participación en el Consejo de Administración de Enagas. Esta participación le permitía participar en la toma de decisiones respecto a activos de transporte e importación, fundamentales para el acceso de sus competidores al mercado; el mercado de generación eléctrica estaba altamente concentrado, de modo que las empresas dominantes, gracias a su *mix* equilibrado, tenían poder de mercado para fijar precios; tanto el sector del gas como de la electricidad, estaban integrados verticalmente y, por último, habían problemas de información asimétrica entre los agentes competidores. *Ibid.* pág. 200.

⁸³⁹ *Vid.* Informe del TDC C94/05, del 5 de enero de 2006, pág. 187, disponible en www.cncompetencia.es y DEL GUAYO CASTIELLA, Iñigo; LÓPEZ MILLA, Julián y HANCHER, Leigh; “Competencia y Regulación. Un Análisis de la OPA de Gas Natural sobre Endesa”, Editorial Dilex, Madrid, 2006, pág. 186.

⁸⁴⁰ Además, con fundamento en el plan de desinversión, otras empresas competidoras (o nuevos competidores) podrían comprar centrales de ciclo combinado, en lugar de invertir en la construcción de nuevas centrales, circunstancia que también frenaría la inversión en las centrales de ciclo combinado.

lugar, obtener un mayor margen en la venta de gas; y, en segundo lugar, el derivado del aumento del precio del *pool*⁸⁴¹.

- La concentración planteada intensificaría la integración vertical de la distribución y comercialización en los sectores de gas y electricidad. En efecto, esta operación permitiría que la empresa resultante acumulase mas redes en el sector del gas, mientras que en el sector de la electricidad, se eliminaría a Gas Natural, el rival que mas contribuía a debilitar el vinculo existente entre comercialización y distribución de electricidad⁸⁴².
- La concentración daría lugar a un solapamiento entre redes de distribución eléctrica y de gas en algunas Comunidades Autónomas como Cataluña, Aragón y

⁸⁴¹ Debido a que las centrales de producción de ciclo combinado pueden fijar el precio marginal del *pool*, otorgando mayores ingresos a las instalaciones de producción nuclear y a carbón que pertenecen al mismo grupo empresarial. Vid. ARIÑO, Gaspar; “La OPA de Gas Natural y sus Parámetros Fundamentales”, en: *Energía en España y Desafío.....*, ob cit, pág. 106 e Informe del TDC C94/05, del 5 de enero de 2006, pág. 188, disponible en www.cncompetencia.es.

⁸⁴² En efecto, como la distribución no estaba totalmente separada de la comercialización, la actividad de distribución era la mejor puerta de entrada para captar potenciales clientes en el mercado libre. Esta situación, y las ventajas que tenían los distribuidores integrados en grupos empresariales que desarrollaban las actividades de generación, aprovisionamiento y comercialización, afectaban la comercialización independiente. En este sentido, el TDC sostenía que a pesar de que en España, en aquel momento, existían casi 70 comercializadoras de electricidad, solo 6 de ellas tenían más del 1% de la cuota del mercado y 5 de ellas eran de los grupos empresariales de los generadores eléctricos. Vid. Informe del TDC C94/05, del 5 de enero de 2006, pág. 189, 190, disponible en www.cncompetencia.es y DEL GUAYO CASTIELLA, Iñigo; LÓPEZ MILLA, Julián y HANCHER, Leigh; “Competencia y Regulación.....”, ob cit, pág. 187.

Andalucía, generando así un conglomerado con un monopolio conjunto en las redes de gas y electricidad⁸⁴³.

- Para el TDC, no era previsible que las eficiencias de la operación, defendidas por Gas Natural, se produjesen rápidamente⁸⁴⁴. Asimismo, no se había probado que estas eficiencias fuesen sustanciales y tampoco aumentarían la capacidad, ni los incentivos de la entidad fusionada para actuar de manera pro-competitiva.
- Con esta operación se eliminaban competidores en sectores que se encontraban en proceso de liberalización y cuya dinámica competitiva residía en los operadores ya existentes⁸⁴⁵.

⁸⁴³ De esta manera se verían reducidas las posibilidades de una competencia efectiva en la comercialización de gas, de electricidad y de ofertas duales. *Vid.* Informe del TDC C94/05, del 5 de enero de 2006, pág. 191, disponible en www.cncompetencia.es

⁸⁴⁴ Como consecuencia de la concentración, Gas Natural preveía obtener unas eficiencias cercanas a los 430 millones de euros anuales. Estas eficiencias, según el criterio del Tribunal, concernían -en su mayoría- a los costes fijos de la nueva entidad, las cuales eran menos pertinentes que aquellas que reducen los costes marginales. *Vid.* Informe del TDC C94/05, del 5 de enero de 2006, pág. 179 y 191, disponible en www.cncompetencia.es

⁸⁴⁵ En efecto, mediante la concentración planteada, se eliminaba a Endesa como competidor de Gas Natural (en el mercado del gas) y se eliminaba a Gas Natural como competidor de Endesa (en el mercado eléctrico). Aparecía entonces un conglomerado simétrico en gas y electricidad y desaparecerían dos conglomerados asimétricos: el primero, Endesa, como empresa con posición de dominio en los mercados eléctricos y precio-aceptante en los mercados del gas y, el segundo, Gas Natural, con posición de dominio en los mercados de gas y precio-aceptante en los mercados de electricidad. Así las cosas, el TDC insistía en que era fundamental preservar la potencialidad competitiva que tenía para los mercados, el mantenimiento de un número de operadores que pudiesen responder de forma independiente ante cualquier nuevo impulso competitivo, regulador o tecnológico. Con fundamento en esta premisa, la autoridad de competencia argumentó que Endesa y Gas Natural, gracias a la independencia con la que competían, generaban una importante competencia dinámica en mercados en los que los operadores capaces de otorgar esta dinámica son muy escasos, donde aún existen importantes barreras de entrada y donde las posibilidades de coordinación entre los agentes es susceptible de aumentar si el número de competidores disminuye. *Vid.* Informe del TDC C94/05, del 5 de enero de 2006, pág. 194, disponible en www.cncompetencia.es y DEL GUAYO

Por último, respecto al plan de desinversión propuesto por Gas Natural, su ejecución no podía, en ningún caso, restablecer el nivel de competencia efectiva que se perdería con la operación. Además, tampoco se aceptó la posibilidad de imponer nuevas condiciones que, atendiendo a sus características, resultarían desproporcionadas e imposibles de cumplir para Gas Natural⁸⁴⁶. En consecuencia, el TDC rechazó aprobar la concentración de forma condicionada y recomendó al Gobierno que la declarara improcedente y que ordenase que no se procediera con su ejecución⁸⁴⁷.

3.5.3. Decisión final.

El 3 de febrero de 2006, el Consejo de Ministros -en una muestra evidente de respaldo político- decidió autorizar la operación bajo el cumplimiento de 20 requisitos, que se apartaban del contenido de los informes presentados previamente por la CNE y el TDC⁸⁴⁸.

CASTIELLA, Iñigo; LÓPEZ MILLA, Julián y HANCHER, Leigh; “Competencia y Regulación.....”, *ob cit*, pág. 187.

⁸⁴⁶ La imposición de nuevas condiciones, equivaldría a prohibir la operación notificada al resultar inviable ejecutarlas o implicaría la transformación de la operación en una concentración completamente diferente.

⁸⁴⁷ Sin embargo, hay que tener presente que tres, de los nueve miembros del TDC, firmaron un voto particular discrepante, en el que sostenían que, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Supremo y los precedentes nacionales y comunitarios, los efectos restrictivos de la competencia derivados de la operación, podrían salvarse mediante la imposición de determinadas condiciones. En consecuencia, afirmaban, debía haberse recomendado al Gobierno la autorización condicionada de la operación y describían una serie de condiciones que hubiesen permitido recomendar al Gobierno esta autorización condicionada. *Vid.* Informe del TDC C94/05, del 5 de enero de 2006, pág. 206 y ss, disponible en www.cncompetencia.es y ARIÑO, Gaspar; “La OPA de Gas Natural y sus Parámetros Fundamentales”, en: *Energía en España y....*, *ob cit*, pág. 107 y 108.

⁸⁴⁸ *Vid.* Acuerdo del Consejo de Ministros de 3 de febrero de 2006, por el que conforme a lo dispuesto en la letra b) del artículo 17 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, se decide subordinar a la

Para el Consejo de Ministros, no era procedente prohibir la operación, puesto que teniendo en cuenta el contexto en la que se enmarcaba, los precedentes europeos y los informes de la CNE y el TDC, era posible subordinar su autorización al cumplimiento de un conjunto de requisitos, que aportaran al progreso económico y social una contribución suficiente para compensar los efectos restrictivos sobre la competencia. De esta manera se garantizaba que su ejecución no obstaculizaría el mantenimiento de la competencia efectiva⁸⁴⁹.

observancia de condiciones la aprobación de la operación de concentración económica consistente en la toma de control exclusivo de Endesa, S.A. por parte de Gas Natural, S.A. Publicado en el BOE núm. 30, de 4 de febrero de 2006, págs. 4402 y ss, y disponible en www.cncompetencia.es.

⁸⁴⁹ Entre los requisitos impuestos por el Consejo de Ministros, destacamos las siguientes: Gas Natural debía liberar en el mercado, mediante subasta pública y durante tres años a partir de 2007, una cantidad anual de gas de 1,8 bcm, igual al importado en España por Endesa en el 2005. Gas Natural también debía liberar en el mercado mediante subasta pública, el exceso anual del contrato Sagane 1, sobre la cantidad necesaria para garantizar el suministro de gas a tarifa. Mediante estos dos primeros requisitos, Gas Natural ponía a disposición de los competidores en el mercado una cantidad de gas cercana al 10% de la demanda del mercado español. Asimismo, tratándose del sector del gas, Gas Natural debía vender las participaciones de Endesa en la regasificadoras de Saggas S.A. y Reganosa S.A. También debía reducir su participación en Enagas al 1% y no podía tener ningún representante en el Consejo de Administración.

En relación al sector eléctrico, Gas Natural debía vender centrales de generación equivalente a 4.300 MW y con un periodo de vida útil restante de al menos 10 años, incluyendo 400 MW en Cataluña y otros 400 MW en Andalucía. En particular, debía enajenar centrales de ciclo combinado o hidráulicas modulables con una capacidad equivalente a 1.200 MW. En este sentido, Gas Natural tampoco podía adquirir de terceros, ni directa ni indirectamente, durante un periodo de dos años, ninguna central de generación de ciclo combinado que estuviese en funcionamiento o en pruebas. Gas Natural debía vender su negocio de comercialización de electricidad y el negocio de comercialización de gas de Endesa. Por último, el Acuerdo del Consejo de Ministros también incluía toda una serie de exigencias en materia de procedimiento, que hacían especial referencia al proceso de enajenación de activos y a la forma como se ejecutarían las condiciones impuestas. En este proceso intervendrían de forma activa tanto el SDC como la CNE. *Vid.* Acuerdo del Consejo de Ministros de 3 de febrero de 2006, condición cuarta, quinta, séptima, decimosexta y ss, disponible en www.cncompetencia.es

Una vez que el Consejo de Ministros aprobó la concentración (y teniendo en cuenta que el 27 de febrero de 2006, la CNMV aprobó la operación de Gas Natural, comenzando así el plazo de aceptación de la oferta), Endesa adoptó una posición defensiva ante la misma, iniciando una estrategia de carácter jurídico destinada a bloquear el avance de la operación. A este respecto, mediante Auto de 28 de abril de 2006, el Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, accedió a la suspensión de la ejecución de la autorización del Consejo de Ministros, solicitada por Endesa, la Asociación de Accionistas Minoritarios de Empresas Energéticas y la Federación Unión de Consumidores Europeos⁸⁵⁰. Esta suspensión fue levantada por el Tribunal Supremo el 10 de enero de 2007, a solicitud de la propia Endesa, con la finalidad de dinamizar el progreso de la OPA competidora lanzada por E.ON el 21 de febrero de 2006⁸⁵¹.

Por otra parte, en línea con su estrategia de defensa, Endesa también había interpuesto una demanda ante el juzgado Mercantil número 3 de Madrid, a través de la cual solicitaba la declaración de nulidad del acuerdo de venta de activos⁸⁵² que existía entre Gas Natural e Iberdrola⁸⁵³. Los demandantes argumentaban que mediante este acuerdo los demandados pretendían, a través de una práctica concertada, eliminar a Endesa del

⁸⁵⁰ Recurso Contencioso Administrativo núm. 47/2006, de 28 de abril de 2006, contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 3 de febrero de 2006, disponible en www.poderjudicial.es.

⁸⁵¹ Como indicamos anteriormente, en febrero de 2006, mientras se desarrollaba el trámite de la oferta de Gas Natural, E.ON presentó ante la CNMV una solicitud de autorización de OPA sobre Endesa. *Vid. Supra.* Apartado 3.8 del capítulo segundo del presente trabajo.

⁸⁵² Este acuerdo era anterior al 5 de septiembre de 2005, fecha de presentación de la OPA por Gas Natural.

⁸⁵³ Demanda que había sido presentada el 25 de noviembre de 2005.

mercado. En consecuencia, el contrato suscrito entre Iberdrola y Gas Natural, así como la propia OPA, eran ilegales.

En esta demanda, Endesa también solicitaba que se declarase la nulidad de los instrumentos que ejecutaban tal acuerdo, especialmente la OPA presentada por Gas Natural ante la CNMV el 5 de septiembre de 2005. En consecuencia, Endesa solicitó que, como medida cautelar, se suspendiese el desarrollo de la OPA de Gas Natural y del acuerdo que al parecer existía entre Gas Natural e Iberdrola⁸⁵⁴.

Mediante Auto de 21 de marzo de 2006, el juzgado Mercantil número 3 estimó la petición de medidas cautelares: ordenó suspender la OPA de Gas Natural y el acuerdo presuntamente existente entre Gas Natural e Iberdrola, previa presentación de una caución por parte de Endesa de mil millones de euros. Dentro del plazo otorgado para tal fin, Endesa presentó el correspondiente aval bancario, quedando así paralizada la ejecución de la operación. Casi un año después, el 15 de enero de 2007, la sección 28 de la Audiencia Provincial de Madrid, estimó los recursos presentados por Gas Natural e Iberdrola contra la decisión del Juzgado Mercantil número 3 de Madrid y levantó la suspensión cautelar que afectaba a la operación.

⁸⁵⁴ Endesa también había denunciado previamente ante la Comisión Europea, la notificación de la operación hecha por Gas Natural ante el SDC, por considerar que la operación tenía dimensión comunitaria y, en consecuencia, debía ser analizada por la Comisión Europea. Endesa fundamentaba su denuncia en que el cálculo de su volumen de negocios debía realizarse teniendo en cuenta las Normas de Internacionales de Información Financiera (NIIF) y aplicando la Comunicación de la Comisión sobre el Cálculo de Volumen de Negocios. La Comisión Europea rechazó esta denuncia mediante Decisión de 15 de noviembre de 2005 y, en consecuencia, Endesa la recurrió ante el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas. Este Tribunal, finalmente, desestimó el recurso mediante Sentencia de 14 de Julio de 2006. *Vid.* Comunicación de la Comisión Europea, IP/05/1425, de 15 de noviembre de 2005, disponible en <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/05/1425&format=HTML&aged=1&language=ES&guiLanguage=en> y Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (Sala Tercera), de 14 de julio de 2006, asunto T-417/05, *Endesa/Comisión*, disponible en www.curia.europa.eu

Para la Audiencia Provincial, no había lugar a la adopción de las medidas cautelares solicitadas por Endesa ya que discrepaba de la apariencia de buen derecho de sus pretensiones, presupuesto necesario para la adopción de estas medidas. En este sentido, la Audiencia no encontraba ilicitud en el acuerdo entre Gas Natural e Iberdrola, debido a que nunca había sido ocultado; por el contrario, se resaltaba que este acuerdo había sido notificado a las autoridades competentes y había sido explicado abiertamente a los medios de comunicación. Además, aunque la presentación de soluciones aceptables en el procedimiento de concentraciones no estaban regulados por la legislación de competencia vigente en aquel entonces, tampoco estaban expresamente prohibidos. Por último, para la Audiencia Provincial, este acuerdo no era un presupuesto de la OPA, ni la condicionaba, por lo que no se podía entender los argumentos de Endesa como un síntoma de colusión⁸⁵⁵.

Finalmente, un año después de haber sido aprobada la operación por el Consejo de Ministros y por la CNMV, durante el periodo de aceptación de la oferta competidora de E.ON (y habiendo sido levantadas las suspensiones cautelares adoptadas por las autoridades judiciales), Gas Natural decidió desistir de su oferta de adquisición⁸⁵⁶. Este desistimiento, se sustentaba, en los siguientes argumentos⁸⁵⁷:

⁸⁵⁵ En conclusión, no había lugar a la adopción de las medidas cautelares solicitadas por Endesa debido a que no cabía apreciar el comportamiento colusorio entre Gas Natural e Iberdrola. No se constataba la existencia de un acuerdo para impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el mercado, de modo que resultaba carente de objeto el recurso de Endesa. *Vid.* Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (AC 2007, 195), de 15 de enero de 2007, disponible en www.vlex.com

⁸⁵⁶ Desistimiento presentado a la CNMV el 1 de febrero de 2007, con fundamento en el artículo 36.1 del Real Decreto 1197/1991, de 26 de julio. Este Real Decreto estuvo vigente hasta el 13 de agosto de 2007 y ha sido derogado por el Real Decreto 1066/2007. *Vid.* Comunicación de Gas Natural de 1 de febrero de 2007, disponible en <http://www.cnmv.es/Portal/hr/verDoc.axd?t={4c35860a-2fe6-4466-b4ce-2bab4133b653}> y Real Decreto 1197/1991, de 26 de julio, sobre Régimen de las Ofertas Públicas de Adquisición de Valores, publicado en el BOE

- La existencia de un desequilibrio entre Gas Natural y E.ON, favorable a la empresa alemana, que no permitía una competencia leal y efectiva entre las dos ofertas. Este desequilibrio se concretaba en la desigualdad en el proceso de obtención de las respectivas licencias administrativas, en el entorpecimiento por parte del Consejo de Administración de Endesa al desarrollo de la OPA formulada por Gas Natural (violación del deber de pasividad) y en la mejor posición regulatoria que tenía E.ON sobre Gas Natural. Para Gas Natural, la OPA de E.ON había sido ágilmente tramitada y aprobada por la Comisión Europea, situación distinta del trámite que se la había dado a su OPA, bloqueada por Endesa en los tribunales durante más de un año. Por último, para Gas Natural, la creación de E.ON como gigante energético europeo, había gozado del visto bueno del gobierno alemán con fundamento en razones de interés general, en particular, en la competitividad de las empresas alemanas ante la apertura del mercado energético europeo y las oportunidades que se le presentarían para poder adquirir empresas en otros países ante la creación de un mercado único de la energía.⁸⁵⁸
- El Consejo de Administración de Endesa y sus asesores habían promovido la entrada de E.ON en el mercado español, para que le auxiliara en su afán de evitar que la oferta de Gas Natural llegara a sus accionistas. Esta estrategia había tenido éxito, según Gas Natural, gracias al acceso que había tenido E.ON a información

num. 184, de 02 de Agosto 1991 y disponible en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Derogadas/r3-rd1197-1991.html#a36

⁸⁵⁷ *Vid.* Comunicación de Gas Natural de 1 de febrero de 2007, págs. 6, 8, 9 y disponible en <http://www.cnmv.es/Portal/hr/verDoc.axd?t={4c35860a-2fe6-4466-b4ce-2bab4133b653}>

⁸⁵⁸ *Vid.* Comunicación de Gas Natural de 1 de febrero de 2007, págs. 6, 7, disponible en <http://www.cnmv.es/Portal/hr/verDoc.axd?t={4c35860a-2fe6-4466-b4ce-2bab4133b653}>

privilegiada otorgada por Endesa y que le había permitido presentar su oferta y sus posteriores mejoras.

- Las demandas que había interpuesto Endesa frente a Gas Natural generaban incertidumbres que hacían inviable cuantificar la nueva oferta.

A nuestro entender, independientemente de los argumentos que alegaban la existencia de un desequilibrio en el trámite de las dos ofertas, que evidentemente existió, Gas Natural decidió desistir de su oferta, ante la perspectiva de que E.ON presentara ante la CNMV una nueva mejora de su oferta inicial. En este sentido, en el supuesto de que Gas Natural mantuviera su oferta, una mejora en la OPA de E.ON, hubiese disminuido a mínimos sus probabilidades de victoria en la Junta de Accionistas de Endesa que elegiría alguna de las dos OPAS competidoras. Una rotunda derrota en esta Junta era una situación que Gas Natural prefería evitar por las consecuencias (políticas, económicas, etc) que una situación de esta naturaleza podría generarle⁸⁵⁹.

Ahora bien, en punto al Acuerdo adoptado por el Consejo de Ministros, debe llamarse la atención sobre el criterio de este órgano político, en punto a la función de los requisitos que había impuesto a la concentración. En efecto, en el Acuerdo adoptado el Consejo de

⁸⁵⁹ En efecto, como indicamos en el capítulo segundo del presente trabajo, la mejora de la oferta de E.ON se hizo efectiva el 2 de febrero de 2007, al presentar ante la CNMV su oferta competidora, elevando la contraprestación ofrecida hasta 38,75 euros por cada acción de Endesa. Posteriormente, el 7 de marzo del mismo año, ante la perspectiva de una OPA que presentarían Acciona y ENEL, E.ON mejora de nuevo su oferta ofreciendo (por el 100% de las acciones de Endesa) un precio final, en metálico, de 40 euros por acción. *Vid. Supra*. Apartado 3.8 del capítulo segundo del presente trabajo; Comunicación de la CNMV de 2 de febrero de 2007, “Apertura de sobres con las modificaciones de las ofertas competidoras sobre Endesa, S.A”, disponible en www.endesa.es; Comunicación del Consejo de administración de Endesa de 26 de marzo de 2007, donde recomienda la opa de E.ON a 40 euros, disponible en www.endesa.es

Ministros afirmó: “las condiciones impuestas no tienen por objeto determinar la estructura empresarial que debe haber en los respectivos mercados ni realizar una reforma del marco regulatorio de los mercados del gas y de la electricidad en España sino aportar al progreso económico y social una contribución suficiente para compensar los posibles efectos restrictivos sobre la competencia derivados de la operación de concentración que han sido identificados a lo largo del expediente”⁸⁶⁰.

Como es natural, coincidimos en que no es función de las concentraciones reformar el marco regulatorio de cualquier mercado, puesto que este tipo de reformas deben ser realizadas por los tramites legislativos previstos en cada Ordenamiento jurídico. Pero, en modo alguno podemos compartir la afirmación que niega como función del control de concentraciones, la determinación de la estructura empresarial que debe haber en los respectivos mercados.

Desde nuestro punto de vista, una de las razones que justifican la existencia de un control de concentraciones *ex -ante*, es precisamente, la capacidad que tiene este control para definir la estructura empresarial de cualquier mercado, en función de unas condiciones de competencia, deseadas y practicables.

Esta característica propia del control de concentraciones, obedece a los posibles efectos de las concentraciones empresariales que, como bien afirma BELLO MARTÍN CRESPO, “produce...una modificación de la estructura del mercado afectado, en concreto, de las estructuras de control sobre la oferta (o la demanda) en el mismo...”⁸⁶¹.

⁸⁶⁰ Cfr. Acuerdo del Consejo de Ministros de 3 de febrero de 2006, pág. 4410-4411 y disponible en www.cncompetencia.es

⁸⁶¹ Cfr. BELLO MARTÍN-CRESPO, María Pilar; “Control de Concentraciones de Empresas”, en: *Derecho de la Libre Competencia*..., *ob cit*, pág. 336.

De esta manera, tratándose del control de concentraciones, las decisiones de las autoridades de competencia, pretenden evitar que se creen estructuras de mercado que obstaculicen o puedan obstaculizar el mantenimiento de la competencia efectiva. Al cumplir esta función, están influyendo de forma directa en la determinación de la estructura empresarial del mercado involucrado.

Por las razones anteriormente expuestas no podemos compartir el argumento del Consejo de Ministros. Por el contrario, consideramos que la ejecución de esta concentración, sometida a condiciones similares a las impuestas inicialmente por la CNE, era una excelente oportunidad para haber reestructurado, desde el punto de vista empresarial, el sector eléctrico español.

No obstante, disentimos de la posibilidad de que parte de los activos de Endesa, en el marco de la posible ejecución de un plan de desinversiones, hubiesen ido a parar a manos de Iberdrola, según el pacto previo suscrito por esta empresa y Gas Natural. De haberse ejecutado esta operación, el escenario ideal hubiese sido que el plan de desinversiones elaborado por Gas Natural o el ordenado por el Consejo de Ministros, estuviese orientado a facilitar la entrada de nuevos competidores, que adquiriesen estos activos, o en reforzar la posición de competidores más débiles que Iberdrola, para así buscar un mayor equilibrio competitivo entre todos los agentes participantes en el sector⁸⁶².

⁸⁶² En este sentido, el Profesor DEL GUAYO CASTIELLA, opina que: “Teniendo en cuenta las oportunidades que ofrecen las desinversiones para la reestructuración del sector, las autoridades y organismos de defensa de la competencia tienen la capacidad de alterar la propuesta que ha presentado Gas Natural o exigir que las ventas alcancen a otros activos. Así, por ejemplo, en la actividad de generación de electricidad se puede imponer la subasta de las centrales de carbón de As Pontes y Teruel para evitar que la operación refuerce a Iberdrola y fortalecer a otros operadores más pequeños”. No obstante, hay que reconocer que el acuerdo entre Iberdrola y Gas Natural, favorecía positivamente la fortaleza competitiva de Iberdrola en el mercado del gas, sector en el cual esta empresa no tenía mucha presencia en aquel momento. *Cfr.* DEL GUAYO CASTIELLA, Iñigo; LÓPEZ MILLA, Julián y HANCHER, Leigh; “Competencia y Regulación.....”, *ob cit*, pág. 83.

Ahora bien, de todos los posibles efectos restrictivos de la competencia derivados de la concentración estudiada, debemos destacar la eliminación de Gas Natural como competidor de Endesa en el mercado eléctrico y la eliminación de Endesa como competidor de Gas Natural en el sector del gas.

En efecto, como bien identificó el TDC, la ejecución de la operación de concentración planteada por Gas Natural, implicaría la desaparición de Endesa como competidor “más creíble” con “mejor posición” en Cataluña, Aragón y Andalucía. Esta desaparición tendría como consecuencia, el deterioro en las condiciones de competencia efectiva en estas regiones y también afectaría a las condiciones de competencia potencial.

Por tanto, compartimos la valoración hecha por el TDC, en el sentido de calificar a Endesa y a Gas Natural como competidores “especiales”, debido a su condición de conglomerados asimétricos; es decir, que competían simultáneamente en los mercados de la electricidad y del gas, con una posición dominante en uno de ellos y como competidor emergente en el otro.

Por esta razón, la pérdida de estos agentes, como principales dinamizadores de la competencia en el sector energético español, representaba una de las consecuencias más delicadas de la operación propuesta, pero consideramos que no podía esgrimirse como un obstáculo insalvable que impidiese aprobar la concentración, como consideró el TDC.

Por el contrario, gracias a la posición privilegiada que cada una de estas empresas ocupaba en sus respectivos mercados, y teniendo en cuenta su dinámica competitiva en otros (en el caso de Gas Natural por ejemplo en el mercado de comercialización de electricidad), era posible diseñar un plan de desinversiones (o imponer unas condiciones) que, sin desnaturalizar la concentración propuesta, dinamizaran las condiciones de

competencia gracias al favorecimiento de operadores de menor dimensión o de nuevos competidores⁸⁶³.

En suma, las consecuencias en materia de competencia derivadas de esta concentración, se correspondían con las consecuencias propias de una concentración de operadores energéticos dominantes en el sector eléctrico español; es decir, el reforzamiento de posiciones de dominio en los mercados de aprovisionamiento de gas, generación de energía eléctrica, comercialización de gas y electricidad; solapamiento de las redes de distribución de gas natural y electricidad; eliminación de competidores e intensificación de la integración vertical de distribución y comercialización.

No obstante, la particularidad de esta operación y sus efectos radicaba en que se proyectaba de forma simultánea en el sector eléctrico y en el sector del gas, teniendo como marco el proceso de convergencia de los dos servicios a través del mecanismo de ofertas duales. Así las cosas, con la ejecución de esta concentración, España hubiese consolidado una empresa sólida en ambos sectores, que podría acercarse en dimensiones a las actuales “gigantes” empresas europeas⁸⁶⁴.

⁸⁶³ De hecho, en el voto particular discrepante del informe elaborado por el TDC, se argumenta que, por ejemplo, tratándose de la posición de Gas Natural como competidor de Endesa en el mercado de producción de electricidad, su desaparición como competidor “no reduce las posibilidades de competencia, lo que las reduciría realmente sería el que no se lleven a cabo las nuevas inversiones actualmente proyectadas” y a continuación agrega que “...aun admitiendo que con la operación desaparece un operador independiente en cada mercado (**aspecto que se discute**), consideramos que este hecho podría compensarse con la apertura de los mercados en los que desaparece un operador. La desaparición de empresas competidoras no provoca un deterioro en las condiciones de competencia si el mercado afectado no presenta barreras de entrada. Por ello, la desintegración vertical en los mercados en los que se pierde un operador independiente, restablecería las condiciones de competencia, ya que permitiría la entrada no de uno, sino de los que cupieran en un mercado inexpugnable”. El resaltado es nuestro. *Cfr.* Informe del TDC C94/05, del 5 de enero de 2006, pág. 220, disponible en www.cncompetencia.es

⁸⁶⁴ Idea que según DEL GUAYO CASTIELLA, podría justificar la ejecución de la operación. Según el autor: “...la operación plantea la posibilidad de avanzar en la integración de los negocios del gas y la electricidad, recorriendo el

En este orden de ideas, la pregunta que cabe formular es ¿Bajo qué criterios se puede aprobar una operación de concentración que perjudica las condiciones de competencia deseadas en el mercado energético nacional pero que, para un eventual mercado único de la energía en Europa, está preparada para competir en igualdad de condiciones con empresas llamadas “campeones nacionales”⁸⁶⁵ como EDF, E.ON o ENEL?

Nuestra respuesta es que la creación de estos gigantescos grupos empresariales (sin desarticular significativamente sus respectivos negocios mediante la imposición de condiciones por la autoridad de competencia) solamente es posible gracias a la intervención política en el control de concentraciones. En efecto, argumentos como la garantía de un adecuado mantenimiento de los objetivos de la regulación sectorial, la contribución al progreso económico y social, en suma, la defensa del interés general en

el mismo camino por el que ya están transitando algunas de las principales compañías energéticas europeas y americanas, con el fin de aprovechar la complementariedad de las capacidades y los activos de los que disponen las empresas. Así, por ejemplo, en un entorno en el que se espera un fuerte crecimiento de la demanda de gas... la suma de las dos sociedades daría lugar a un grupo que podría atender las necesidades de gas de su parque de generación mediante unos contratos de aprovisionamiento más diversificados y flexibles que los de la actual Endesa. Tales oportunidades, unidas a las derivadas del aprovechamiento de sinergias en diversas áreas de negocio, dan sentido a la operación....”. Cfr. DEL GUAYO CASTIELLA, Iñigo; LÓPEZ MILLA, Julián y HANCHER, Leigh; “Competencia y Regulación.....”, *ob cit*, pág. 226.

⁸⁶⁵ El Profesor Ariño utiliza la expresión “campeones europeos” teniendo en cuenta la intención de los “campeones nacionales” de entrar en otros mercados europeos a expensas de su gran dimensión, respaldados por sus gobiernos y ante la incapacidad de las empresas nacionales de competir en igualdad de condiciones. Para el autor, “con una política de protección a ultranza de campeones nacionales y la estructura empresarial a que aboca semejante política (**duopolios, oligopolios**) resulta muy difícil –por no decir imposible– que florezca la competencia, tanto en su país de origen como en aquellos otros que los campeones nacionales (europeos) invaden, aumentando con ello su poder de mercado. Se produce siempre, inexorablemente, un fenómeno de *foreclosure*, de cierre de mercado a posibles nuevos entrantes, incapaces de competir con tales gigantes”. El resaltado es nuestro. Cfr. ARIÑO ORTIZ, Gaspar; “*Problemas de Competencia en los Sectores Energéticos: ¿Campeones Nacionales o....*”, *ob cit*, disponible en <http://www.arinoyasociados.com/working.htm>

sectores estratégicos, hace posible la creación de estos grupos empresariales. Si no fuese por el respaldo político, ¿cómo podría entenderse la dimensión de este tipo de empresas y las dificultades que encuentran otras empresas europeas para entrar en sus respectivos mercados?.

En el caso de la operación que nos ocupa, encontramos un claro ejemplo de esta situación. Sin duda alguna, la concentración Endesa-Gas Natural, hubiese creado un verdadero “campeón nacional” como el que se pudo haberse creado en el sector eléctrico con la operación Endesa/Iberdrola, con el añadido de que se formaría una empresa consolidada en dos mercados convergentes, el sector eléctrico y el sector del gas, pudiéndose definir como un verdadero “campeón nacional multiservicios”. No obstante, merece la pena reflexionar, desde el punto de vista de la defensa de la competencia, cuáles serían los efectos para el mercado local contar con una empresa de estas características.

Si observamos las consecuencias en otros países, podemos identificar ciertos efectos comunes como la consolidación de fuertes barreras de entrada para nuevos competidores, ejercicio del poder de mercado, tendencia a la colusión, desconfianza y falta de transparencia en el proceso de formación de precios, entre otros.

Así pues, tratándose del sector eléctrico español, mientras exista la intervención política en el sistema nacional de evaluación de concentraciones, existirá la posibilidad de que, con fundamento en criterios de interés general, se aprueben concentraciones que, según las autoridades de defensa de la competencia, pueden afectar la competencia efectiva.

En este sentido, la tolerancia política a la formación de campeones nacionales se sustenta en el interés de contar con empresas que puedan negociar con mayor suficiencia el aprovisionamiento de la energía (gas, carbón, petróleo, etc), garantizando un aprovisionamiento energético más confiable y, en la idea de tener empresas locales

fuertes que, en el mediano o largo plazo, compitan en el esperado mercado único de la energía. Asimismo, debe tenerse en cuenta que la formación de campeones nacionales no se circunscribe exclusivamente al ámbito del sector energético, también podemos encontrar este tipo de empresas en sectores como la aeronáutica, el sector financiero, la informática, entre otros⁸⁶⁶.

3.6. Operación Gas Natural/Unión Fenosa.

3.6.1. Características de la operación y empresas participantes.

El 3 de septiembre de 2008, Gas Natural SDG, S.A. notificó ante la Dirección de Investigación de la CNC (DICNC), una operación de concentración mediante la que pretendía adquirir el control exclusivo de la empresa Unión Fenosa, S.A.⁸⁶⁷.

Esta operación se llevaría a cabo mediante la adquisición por parte de Gas Natural⁸⁶⁸, del 45,3% del capital social de Unión Fenosa y, posteriormente, mediante la formulación de una OPA por el 100% de su capital social⁸⁶⁹.

⁸⁶⁶ En cada uno de estos sectores el impacto de la creación de estas empresas, en materia de competencia, debe ser analizado a la luz de la dinámica propia de cada sector económico. Para encontrar algunos de ejemplos, como el caso del desarrollo del Concorde en Francia o el proyecto europeo del "Airbus" Vid. FALCK, Oliver y HEBLICH, Stephan; *"Do We Need National Champions? If So, Do We Need a Champions-Related Industrial Policy? An Evolutional Perspective."*, Jena Economic Research Papers # 2007-088, Friedrich-Schiller-University Jena, Max-Planck-Institute of Economics, Jena, Noviembre, 2007, disponible en <http://zs.thulb.uni-jena.de/content/main/journals/jer.xml>

⁸⁶⁷ Vid. Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de Competencia (CCNC), de 11 de febrero de 2009, Expediente C-0098/08, Gas Natural Unión Fenosa, disponible en www.cncompetencia.es

⁸⁶⁸ El principal accionista de Unión Fenosa era la empresa Actividades de Construcción y Servicios S.A. (ACS), con una participación del 45,3%, que le permitía ejercer el control exclusivo de la empresa eléctrica. En este sentido, esta adquisición se realizaría mediante un contrato de compraventa firmado el 30 de julio de 2008. Mediante este

Unión Fenosa era un grupo energético activo, principalmente, en el sector eléctrico, en particular, en los mercados de generación, distribución y comercialización. También participaba, en menor grado, en el mercado del gas. En el mercado de generación de electricidad, Unión Fenosa contaba en el 2007, con una potencia instalada de 6.601 MW, equivalente al 11,2% del total, siendo el tercer generador del sector eléctrico español, por detrás de Iberdrola y delante de Hidrocarburo.

En punto al mercado de distribución, en el 2007, Unión Fenosa era el tercer distribuidor del sector (por detrás de Endesa e Iberdrola), teniendo en cuenta la energía transportada (35.074 GWh-15%) y sus puntos de suministro de electricidad (3.556.965-15%)⁸⁷⁰.

En relación al mercado de suministro de electricidad, Unión Fenosa era también el tercer operador, con una cuota de mercado situada entre el 10% y el 20%, tanto en el suministro en alta tensión, como en el suministro en baja tensión (clientes domésticos y PYMES).

contrato, Gas Natural adquiría de ACS, el 9,99% del capital social de Unión Fenosa, condicionando la adquisición del 35,31% restante (propiedad también de ACS), a la aprobación de la operación por parte de las autoridades sectoriales y de competencia.

⁸⁶⁹ La presentación de la OPA se realizaba en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 60 de la Ley 24 de 1988, disponible en <http://noticias.juridicas.com/>

⁸⁷⁰ Esta actividad la desarrollaba en Andalucía (Córdoba), Castilla-La Mancha (Albacete, Ciudad Real, Cuenca, Toledo y Guadalajara), Castilla y León (León, Segovia, Soria y Zamora), Extremadura (Badajoz), Galicia (La Coruña, Lugo, Orense y Pontevedra) y Madrid. *Vid.* Informe de la Dirección de Investigación de la CNC (en primera fase del procedimiento), Expediente de Concentración C/0098/08, *Gas Natural/Unión Fenosa*, disponible en www.cncompetencia.es

Ahora bien, Unión Fenosa también competía en el sector del gas, específicamente, en los mercados de aprovisionamiento (con una cuota de importaciones ubicada entre el 10% y el 20%), distribución (0,1% de acuerdo a sus costes reconocidos) y suministro (con una cuota de mercado, por número de clientes, ubicada entre el 0 y el 10%).

Por su parte, Gas Natural, como ya hemos mencionado, era el principal operador en el sector del gas. Lideraba el mercado de aprovisionamiento (alrededor del 60%), el mercado de suministro (entre el 70% y el 80% del suministro total por número de clientes) y la distribución (84% de acuerdo a sus costes reconocidos) .

En el mercado de generación de electricidad, Gas Natural disponía -en el 2007- de una potencia instalada de 3.533 MW, equivalente al 6 % del total, situándose como el quinto productor de electricidad en España, por detrás de Hidrocantábrico y por delante de E.ON Viesgo.

Gas Natural sólo tenía presencia en el mercado de distribución de electricidad a través de dos distribuidoras de la provincia de Salamanca (Distribuidora Eléctrica de Navasfrías, S.L. y Electra de Abusejo, S.L), que también operaban en la provincia de Barcelona. En esta actividad, Gas Natural tenía una cuota inferior al 1% en el ámbito nacional y provincial.

En punto al mercado de suministro de electricidad, la empresa gasista ocupaba el sexto lugar con una cuota de mercado inferior al 10%, tanto en el suministro en alta tensión, como en el suministro en baja tensión (clientes domésticos y PYMES).

3.6.2. Evaluación de la operación.

Una vez formado el expediente, la Dirección de Investigación de la CNC (DICNC), elaboró, en la primera fase del procedimiento, el respectivo informe de la concentración

con una propuesta de resolución. Así las cosas, el 7 de noviembre de 2008, el Consejo de la CNC (CCNC), dictó una resolución acordando iniciar la segunda fase del procedimiento de evaluación⁸⁷¹. En su resolución, esta autoridad estimaba que debía realizarse un análisis en profundidad, teniendo en cuenta que para la DICNC, su ejecución podía obstaculizar el mantenimiento de la competencia efectiva en todos o alguno de los mercados relevantes afectados⁸⁷².

Ulteriormente, el 11 de febrero de 2009, la DICNC presentó al CCNC su informe sobre la operación y una propuesta de resolución definitiva. Para la DICNC, la concentración examinada podía ser autorizada siempre y cuando se cumplieran determinados compromisos propuestos por Gas Natural.

⁸⁷¹ Hay que tener presente que el trámite de evaluación de esta concentración se hizo bajo la vigencia de la nueva LDC, Ley 15/2007.

⁸⁷² Los mercados relevantes con un ámbito geográfico superior a España eran: el mercado de aprovisionamiento de gas (a largo plazo) en España, el Espacio Económico Europeo, la cuenca mediterránea y la cuenca atlántica. Por su parte, los mercados relevantes circunscritos a España, eran: el mercado mayorista secundario de gas (a corto plazo); las infraestructuras de importación y transporte de gas; las redes de distribución de gas a nivel nacional y a nivel provincial (en Madrid, La Coruña, Ciudad Real y Sevilla); el suministro minorista de gas a centrales de ciclo combinado; el suministro minorista de gas a grandes clientes (alta presión); el suministro minorista de gas a clientes domésticos y PYMES (en baja presión); el mercado mayorista de producción de energía eléctrica (limitado a España peninsular); el mercado de resolución de restricciones técnicas en la zona Campo de Gibraltar, Huelva, Centro, Levante Norte, Galicia Norte y Cataluña; las redes de distribución de electricidad a nivel nacional y a nivel provincial (Córdoba, Jaén, las cinco provincias de Castilla-La Mancha, León, Salamanca, Segovia, Soria, Valladolid, Zamora, Badajoz, las cuatro provincias de Galicia y Madrid); el suministro minorista de electricidad a grandes clientes (en alta tensión); el suministro minorista de electricidad a clientes residenciales y PYMES (en baja tensión). A pesar de identificar estos mercados de forma diferenciada, la DICNC afirmó que, para analizar de los efectos de la concentración sobre la competencia efectiva, tendría en cuenta las distintas interrelaciones entre los distintos mercados del gas natural y la electricidad. *Vid.* Informe de la Dirección de Investigación de la CNC (en segunda fase del procedimiento), Expediente de Concentración C/0098/08, *Gas Natural/Unión Fenosa*, pág. 63, disponible en www.cncompetencia.es

Estos compromisos consistían, entre otros, en⁸⁷³:

- Desinvertir en redes de distribución de gas natural con 600.000 puntos de distribución.
- Desinvertir una cartera de 600.000 clientes de gas natural (residenciales y PYMES), ligada a las redes de distribución objeto de la desinversión.
- Desinvertir en centrales de ciclo combinado por un total de 2.000 MW de potencia de generación en funcionamiento.
- Desinvertir su participación del 5% en el capital social de Enagás y salir de su Consejo de Administración en el plazo de un mes.
- Salir del Consejo de Administración de Cepsa en el plazo de un mes y no acceder a la información comercial sensible de esta empresa mientras Repsol tuviese el control conjunto sobre Gas Natural.

Para la DICNC, estos compromisos eran suficientes para eliminar los posibles riesgos de obstaculización de la competencia efectiva derivados de la concentración⁸⁷⁴. Estos riesgos

⁸⁷³ *Ibid.* pág. 139, 140.

⁸⁷⁴ A la vista de los posibles efectos derivados de la operación, la DICNC consideró que los compromisos propuestos (en relación a los puntos de distribución de gas, cartera de clientes desinvertidos y abastecimiento de gas asociado) permitían crear o reforzar la posición de otros operadores, de tal modo que alcanzaran una escala mínima eficiente en los mercados de gas. De esta manera, se podía mantener una presión competitiva sobre Gas Natural. Asimismo, con estos compromisos, también se evitaba un incremento en las barreras de entrada en el sector. En punto al sector eléctrico, la desinversión en capacidad de generación en ciclos combinados, eliminaba los riesgos de efectos unilaterales y coordinados, reducían los problemas de los mercados de restricciones técnicas y favorecían la

se concretaban, entre otros, en los siguientes mercados y con las siguientes consecuencias:

- En el mercado de aprovisionamiento de gas, Gas Natural vería reforzada su posición como primer proveedor de gas de España, al incrementar su base de clientes. Además, la desaparición de Unión Fenosa como competidor independiente, era especialmente relevante puesto que se trataba de un competidor significativo. En este sentido, se resaltaba que el refuerzo de la posición de Gas Natural, se producía en el momento de mayor competencia esperada en este mercado, debido a la entrada en funcionamiento del gasoducto Medgaz, que incrementaría en 8 bcm el gas que podría entrar en España⁸⁷⁵.
- En punto a los mercados de redes de distribución de gas, la nueva empresa se convertiría en el único operador de redes de distribución en las provincias de Madrid, La Coruña, Ciudad Real y Sevilla. Esta situación podía reducir la competencia efectiva en el tendido de nuevas redes de distribución de gas, teniendo en cuenta la preferencia legal por la concesión de nuevas redes al operador de distribución de gas más cercano.

integración vertical gas-electricidad del comprador. Los compromisos relativos a los vínculos estructurales con Cepsa (también relativos a Enagás y Unión Fenosa Gas) eliminaban los riesgos de interferencias en el normal funcionamiento de estas empresas. *Vid.* Informe de la Dirección de Investigación de la CNC (en segunda fase del procedimiento), Expediente de Concentración C/0098/08, *Gas Natural/Unión Fenosa*, pág. 156, disponible en www.cncompetencia.es

⁸⁷⁵ Gasoducto submarino que conecta Argelia y España. Con su entrada en funcionamiento se pretende abastecer el aumento de la demanda europea de gas de forma más confiable y económica. *Vid.* MIRÓ ROIG, Pedro; “MEDGAZ: “Seguridad y Diversificación Energética para España y Europa”, en: *Cuadernos de Energía*, núm. 20, Garrigues, Deloitte, Club Español de la Energía, Madrid, abril de 2008, pág. 22, disponible en www.enerclub.es

- Respecto al suministro de gas a clientes finales, la nueva empresa reforzaría su posición como primer suministrador en España, con una cuota entre el 60-70%, en términos de volumen de gas suministrado en 2007, y entre el 70-80%, en número de clientes en 2007. De esta manera, Gas Natural recuperaría parcialmente su cuota de mercado perdida en los últimos años.
- En el mercado de suministro de gas a pequeños clientes, la desaparición de Unión Fenosa reforzaría la posición de la nueva empresa en el mercado de las PYMES. El número de comercializadores de último recurso se reduciría a cuatro y desaparecería un competidor con potencial de crecimiento significativo, gracias a su presencia en distribución, suministro de electricidad y su integración vertical en el sector del gas.
- En el mercado mayorista de producción de energía eléctrica, la integración de Gas Natural y Unión Fenosa crearía un nuevo grupo con capacidad para controlar cerca del 18% de la potencia instalada y el 22% de la potencia disponible. El aumento de esta potencia, acercaría al nuevo grupo al nivel de los operadores dominantes (Endesa e Iberdrola), incrementando el grado de concentración en el mercado. Además, entre la nueva empresa, Endesa e Iberdrola, aumentaría el riesgo de coordinación en los mercados mayoristas de electricidad, gracias a que existirían mayores incentivos a la coordinación⁸⁷⁶.

⁸⁷⁶ Respecto a los riesgos de coordinación, la empresa resultante tendría capacidad para ejercer control sobre más del 28% de la potencia disponible retirable, es decir, aquella que puede ser utilizada de manera estratégica para alterar los precios en el *pool*. Además, el incremento de la similitud en los parques de generación, junto con el mayor grado de concentración del mercado, alinearía los incentivos de Endesa, Iberdrola y la nueva empresa, facilitando que desarrollaran acciones coordinadas. *Vid.* Informe de la Dirección de Investigación de la CNC (en segunda fase del procedimiento), Expediente de Concentración C/0098/08, *Gas Natural/Unión Fenosa*, pág. 133, disponible en www.cncompetencia.es

- También se reforzaría la presencia simultánea de la entidad resultante en las redes de gas y electricidad. Como consecuencia del solapamiento de estas redes, se eliminaría a Unión Fenosa (en las provincias donde distribuye electricidad) como competidor significativo en el suministro de gas a clientes residenciales y PYMES. Así pues, la concentración sería un riesgo para el mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados de suministro minorista (de gas y electricidad) a clientes domésticos y PYMES.
- Gracias a los vínculos derivados de la participación de Unión Fenosa en el capital social de Cepsa (5%) y su presencia en el Consejo de Administración, Gas Natural podría promover la alineación de intereses con Cepsa y generar una situación de dependencia de Cepsa respecto a Gas Natural.

Ahora bien, Gas Natural defendía la valoración de eficiencias derivadas de la concentración, que se concretaban, principalmente, en un significativo ahorro de costes. En este sentido, para la DICNC, el ahorro de costes fijos defendido por Gas Natural, se producía solo una vez y además, era de escasa proporción en relación con los ingresos totales de Gas Natural y Unión Fenosa (menos del 1%).

Gas Natural, en su calidad de demandante en el mercado de producción de gas, también defendía las eficiencias de costes derivadas del mayor poder de negociación de la entidad resultante. Estas eficiencias tampoco eran significativas, toda vez que el aumento de tamaño de la nueva empresa era reducido en comparación con el tamaño del mercado⁸⁷⁷.

⁸⁷⁷ Del mismo modo, la autoridad de competencia dudaba que las eficiencias expuestas fuesen fácilmente trasladadas a los consumidores finales. *Vid.* Informe de la Dirección de Investigación de la CNC (en segunda fase del procedimiento), Expediente de Concentración C/0098/08, *Gas Natural/Unión Fenosa*, pág. 125, disponible en www.cncompetencia.es

En suma, las eficiencias alegadas por Gas Natural no eran lo suficientemente significativas para compensar los posibles efectos negativos derivados de la operación.

3.6.3. Decisión final.

Con fundamento en el análisis anteriormente expuesto, la DICNC estimó que la concentración notificada, sin el cumplimiento de los compromisos propuestos, generaba riesgos para el mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados considerados, en particular, en el aprovisionamiento de gas a España, en el mercado mayorista de electricidad y en el suministro minorista de gas y electricidad⁸⁷⁸. En consecuencia, propuso subordinar la autorización de la concentración al cumplimiento de los compromisos presentado por Gas Natural.

De este modo, el CCNC, con fundamento en la propuesta de resolución elaborada por la DICNC, subordinó la autorización de la operación al cumplimiento de los compromisos propuestos por Gas Natural⁸⁷⁹.

⁸⁷⁸ Los efectos de la operación, identificados por la DICNC en la segunda fase del procedimiento coincidían con el diagnóstico inicial realizado por la misma autoridad en la primera fase. Así las cosas, puede puntualizarse que, como consecuencia de la operación, la empresa resultante reforzaría su posición como primer operador del sector del gas en España. A su vez, adquiriría la tercera posición como agente competidor en el sector eléctrico, reforzando la posición que antes tenía Unión Fenosa. Por otra parte, Gas Natural y Fenosa, desaparecerían como operadores independientes y como dinámicos competidores. Además, la entidad resultante adquiriría vínculos estructurales con los principales operadores de los mercados energéticos españoles. Estas consecuencias podrían tener efectos negativos sobre la competencia efectiva, teniendo en cuenta las barreras de entrada existentes y a las interrelaciones existentes entre los mercados del gas y la electricidad. *Vid.* Informe de la Dirección de Investigación de la CNC (en primera y segunda fase del procedimiento), Expediente de Concentración C/0098/08, *Gas Natural/Unión Fenosa*, disponible en www.cncompetencia.es

⁸⁷⁹ En el trámite de evaluación de la operación, la CNC solicitó a la CNE un informe sobre el impacto de la operación en los mercados relevantes afectados. Así las cosas, para la autoridad sectorial, esta concentración debería

En punto al desarrollo de esta operación, motivada principalmente por la dinámica convergencia de los sectores del gas y la electricidad, deben destacarse las ventajas derivadas de la posibilidad de presentar compromisos por el notificante durante el trámite del proceso de evaluación.

Esta novedad de la nueva LDC imprimió dinámica al proceso de evaluación y permitió que Gas Natural, teniendo en cuenta la experiencia previa derivada de las frustradas operaciones Gas Natural/Iberdrola y Gas Natural/Endesa, ofreciera unas condiciones proporcionales al impacto de la operación en los mercados relevantes afectados, coherentes con la operación planteada y perfectamente ejecutables.

De esta manera, desde la perspectiva de Gas Natural, su proyecto económico-empresarial después de la concentración continuaría siendo viable a pesar de los compromisos presentados y, desde la perspectiva de las autoridades de competencia, la concentración permitía mantener las condiciones de competencia deseadas en los mercados relevantes del sector del gas y la electricidad.

realizarse con condiciones dirigidas a mitigar su posible impacto sobre la competencia en el suministro de gas y electricidad a clientes finales y en la generación eléctrica. Para sustentar esta decisión, esta autoridad destacaba que aunque España había avanzado notablemente en el proceso de liberalización, concretándose en una mayor apertura a la competencia y en una menor concentración en los mercados, aun existían asimetrías significativas entre los operadores dominantes y el resto de competidores, así como algunas barreras que no permitían la consolidación de nuevos competidores. De hecho, se resaltaba que mediante esta operación, Gas Natural dejaría de ser un nuevo competidor entrante en el sector eléctrico, para convertirse en un operador dominante. Por estas razones la CNE recomendó a la CNC la aprobación de la concentración, subordinada al cumplimiento de condiciones dirigidas a restablecer la situación de competencia anterior a la concentración. *Vid.* COMISION NACIONAL DE LA ENERGIA, “Informe a petición de la Comisión Nacional de la Competencia sobre la Operación de Concentración Consistente en la Adquisición por parte de Gas Natural SDG, S.A. de una Participación de Control sobre Unión Fenosa, S.A”, Referencia 178/2008, 9 de octubre de 2008, disponible en www.cne.es y artículo 17, Ley 15/2007, disponible en <http://noticias.juridicas.com>.

Por último, debe destacarse el trámite de la evaluación de esta operación. En primer lugar, por la intervención de la CNE, en su calidad de autoridad sectorial, consultada por la autoridad de competencia, aplicándose el Principio de Coordinación, necesario en el análisis de este tipo de concentraciones. En segundo lugar, por la decisión final de la operación, tomada por la CNC, la autoridad técnica competente y con fundamento en razones ceñidas a la competencia y, en tercer lugar, por la ausencia de la indeseada intervención política en el proceso evaluación y decisión⁸⁸⁰.

4. Características del control de concentraciones en el sector eléctrico español.

4.1. La exclusión del mercado ibérico como mercado geográfico relevante.

Ante todo, debe consignarse que en el proceso de evaluación de las concentraciones estudiadas en el presente capítulo, las empresas notificantes a la autoridad de competencia, han solicitado el reconocimiento de la península ibérica en su conjunto (mercado ibérico), como uno de los mercados geográficos relevantes para examinar la concentración. Este argumento es reiterado al delimitarse el ámbito geográfico de los efectos de la operación en el mercado mayorista de producción de energía eléctrica.

En este sentido, hay que recordar que el reconocimiento del mercado ibérico como ámbito geográfico del mercado mayorista de electricidad, ha sido defendido por los notificantes, en términos generales, mediante los siguientes argumentos⁸⁸¹:

⁸⁸⁰ Hay que señalar que debido a lo dispuesto en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de julio de 2008, asunto C-207/07, Comisión/España, la CNE no aplicó en esta concentración la función 14 atribuida a esta autoridad en la Ley 34/1998. *Vid. Supra*. Apartados 3.8. del segundo capítulo y 1.3.2.2 del tercer capítulo de este trabajo.

⁸⁸¹ *Vid. Supra*. Apartados 3.2.2; 3.3.2 y 3.5.2 del presente capítulo.

- Con anterioridad al funcionamiento del Mercado Ibérico de la Electricidad (MIBEL), el fundamento era la existencia de un acuerdo previo entre los gobiernos de España y Portugal para su creación.
- El incremento de las importaciones de electricidad, que tenían la capacidad de disciplinar el comportamiento de las empresas con activos de generación en España.
- El aumento en la capacidad de interconexión con Portugal, que permitía a los productores españoles abastecer el 20% de la demanda portuguesa.
- La entrada en funcionamiento del MIBEL.
- La irrelevancia de las congestiones en la red de interconexión con Portugal y su tendencia a reducirse en el futuro⁸⁸².

Respecto de estos argumentos, hay que tener presente que ninguna de las empresas involucradas en las concentraciones estudiadas, ha invocado la posibilidad de otorgar una mayor dimensión geográfica al mercado de producción de electricidad, teniendo en cuenta el sistema eléctrico francés.

Tal omisión obedece a que, en términos de capacidad de interconexión, la península ibérica es una isla energética, apartada de los sistemas eléctricos de Europa central (Francia, Alemania, Italia, Bélgica, Holanda, etc). Este aislamiento deriva,

⁸⁸² Vid. Informe de la Dirección de Investigación de la CNC (en segunda fase del procedimiento), Expediente de Concentración C/0098/08, *Gas Natural/Unión Fenosa*, pág. 60, disponible en www.cncompetencia.es.

fundamentalmente, de su posición geográfica y de la insuficiente capacidad de interconexión con Francia⁸⁸³.

En efecto, según Red Eléctrica, la capacidad máxima de intercambio comercial de España a Francia, ascendía a 500 MW, siendo la menor capacidad de intercambio de electricidad en comparación con la existente con Portugal o Marruecos⁸⁸⁴.

Así las cosas, en la actualidad, las posibilidades de reconocer una mayor dimensión geográfica al mercado de producción de electricidad⁸⁸⁵ se limitan a las relaciones existentes entre el sistema eléctrico portugués y el sistema eléctrico español, teniendo en cuenta la mayor capacidad comercial de sus interconexiones y la entrada en operación del MIBEL.

En este sentido, la máxima capacidad comercial de España con Portugal asciende a 1.700 MW, y de Portugal con España a 1.600 MW⁸⁸⁶. Por su parte, el mercado a plazo de futuros del MIBEL (gestionado por el operador del mercado portugués –OMIP-) entró en funcionamiento el 3 de julio de 2006, mientras que el mercado diario e intradiario

⁸⁸³ Como afirma ESTOA PEREZ, “España ocupa en este inacabado proceso de liberalización una situación incómoda. Por un lado su mercado avanza hacia la libre competencia con el fin de crear un mercado único. Pero dadas sus particularidades geográficas, separada del resto de la Europa continental por la barrera natural de los montes Pirineos y rodeada de agua en el resto de su perímetro, España (en realidad la Península Ibérica) es una “isla energética”, tópico comúnmente aceptado en el sector.” Cfr. ESTOA PÉREZ, Abel; “Los Intercambios Intracomunitarios e Internacionales de Electricidad”, en: *Derecho de la Regulación Económica*, ob cit, pág. 494.

⁸⁸⁴ Por su parte, la capacidad máxima de intercambio comercial de Francia con España es de 1.400 MW. Fuente: Red Eléctrica de España (REE). Capacidad comercial a noviembre de 2009. Información disponible en www.ree.es.

⁸⁸⁵ Y eventualmente a otros mercados como podría ser, en un futuro, la comercialización de electricidad.

⁸⁸⁶ Fuente: Red Eléctrica de España (REE). Capacidad comercial a noviembre de 2009. Información disponible en www.ree.es.

(gestionado por el operador español –OMEL–) entró en funcionamiento el 1 de julio del 2007⁸⁸⁷.

Ahora bien, en contra de la argumentación de los notificantes en las concentraciones mencionadas, el TDC, la CNE y actualmente la CNC, entienden que el mercado mayorista de producción de electricidad continua limitado al territorio peninsular español. Esta circunstancia obedece, fundamentalmente, a las siguientes razones:

- La capacidad de interconexión entre España con Portugal aún es bastante limitada, motivo por el que las redes de interconexión presentan una constante congestión. En este orden de ideas, cuando la red está saturada, el MIBEL funciona bajo un mecanismo de separación de mercados que permite la formación diferenciada de precios en los sistemas eléctricos español y portugués⁸⁸⁸. Por este motivo el

⁸⁸⁷ Vid. ESTOA PÉREZ, Abel; “Los Intercambios Intracomunitarios e Internacionales de Electricidad”, en: *Derecho de la Regulación Económica*, ob cit, pág. 526. El Mercado Ibérico de la Electricidad es un mercado de electricidad integrado por el sector eléctrico español y el sector eléctrico portugués. Está concebido como un mercado regional, previo a un futuro mercado único de la electricidad en Europa, pero que desafortunadamente no se ha desarrollado con la misma dinámica con la que se creó. En este sentido, la creación del MIBEL tiene sus antecedentes en el Protocolo de Colaboración firmado por los Gobiernos Español y Portugués, el 14 de noviembre de 2001, en el que se fijaron los principios rectores y se diseñó un calendario de convergencia de los dos sistemas eléctricos. Así las cosas, en la XIX Cumbre Luso-Española de Figueira da Foz, celebrada en noviembre de 2003, representantes de los Gobiernos de España y Portugal, firmaron un Memorándum de Entendimiento que fijaba las condiciones de funcionamiento del MIBEL. La firma de este Memorándum es el antecedente del Acuerdo de Lisboa, firmado el 20 de enero de 2004, cuyo objetivo era establecer un marco jurídico estable que permitiera a los operadores de los dos sistemas eléctricos, el desarrollo de su actividad en toda la Península Ibérica. Este Acuerdo debió ser modificado debido a dificultades prácticas de aplicación. En consecuencia, mediante el Acuerdo de Santiago de Compostela, firmado el 1 de octubre de 2004, los dos Gobiernos fijaron nuevamente el marco normativo del MIBEL. Vid. MATA DA SILVA, Guilherme; “El Mercado Ibérico de la Electricidad”, en: *Tratado de Regulación del Sector Eléctrico*, Tomo I, ob cit, pág. 511 y VASCONCELOS, Jorge; “La Regulación en el Mercado Ibérico”, en: *Tratado de Regulación del Sector Eléctrico*, Tomo II, ob cit, pág. 330.

funcionamiento de ambos sistemas eléctricos no puede ser evaluado bajo la consideración de una unidad.

- Las limitaciones en la red de interconexión hacen que las importaciones de electricidad de Portugal no tengan la capacidad suficiente de ejercer una considerable presión competitiva en el mercado español⁸⁸⁹.

Sobre la base de lo anteriormente expuesto, debemos reconocer que mientras no exista una suficiente capacidad de interconexión, en relación con la demanda de electricidad, no será posible ampliar el ámbito geográfico del mercado de producción de electricidad o de cualquier otro mercado eléctrico⁸⁹⁰. Esta circunstancia, en el caso de España, entorpece la

⁸⁸⁸ Por ejemplo, en noviembre de 2008, en el mercado diario de electricidad, se produjo la separación de mercados en el 79,9% de las horas del mes. Además, la congestión de la red se presentó siempre en el sentido exportador a Portugal, excepto en dos horas. Para el operador del mercado eléctrico español, esta situación otorga las señales adecuadas para que, en condiciones de demanda normal, se produzca un incremento de la capacidad comercial de interconexión y la incorporación de nueva potencia de generación en el sistema eléctrico portugués. *Vid.* Informe de la Dirección de Investigación de la CNC (en segunda fase del procedimiento), Expediente de Concentración C/0098/08, *Gas Natural/Unión Fenosa*, pág. 61, disponible en www.cncompetencia.es y OMEL; “Informe del Mercado de Electricidad”, 2008, pág. 101, disponible en www.omel.es.

⁸⁸⁹ En el año 2007, la capacidad de importación de electricidad proveniente de Portugal ascendía a 1.200 MW, solamente el 2.8% de la demanda punta. Con Francia esta capacidad de importación equivalía a 1.400 MW, el 3.2% de la demanda punta. La demanda punta tomada como referencia para estos cálculos eran 43.400 MW. *Vid.* RED ELECTRICA DE ESPAÑA, “Gestión Interconexión Portugal España”, presentación realizada el 19 de septiembre de 2007 en Madrid, en las Jornadas “Hacia un Mercado Ibérico de la Energía”, diapositiva 3, disponible en www.cne.es

⁸⁹⁰ Hay que tener presente que, como afirma RIVERO TORRE, la insuficiente capacidad de las conexiones internacionales tiene su razón de ser “en la lógica del antiguo modelo de la industria eléctrica, basado en el suministro territorial en exclusividad, servido por empresas verticalmente integradas, que conducía a dimensionar el equipo generador con criterios de autosuficiencia a largo plazo, reservando a estas conexiones un papel de fiabilidad y garantía de suministro, con algunas excepciones a nivel europeo”. *Cfr.* RIVERO TORRE, Pedro; “Prospectiva de

consolidación del MIBEL como mercado regional de electricidad⁸⁹¹ y, en consecuencia, constituye un obstáculo que retrasa el funcionamiento pleno del mercado común de la energía en Europa.

Por esta razón, la Comisión Europea, en el tercer paquete legislativo de liberalización del sector energético europeo, centra buena parte de sus medidas en el desarrollo de las conexiones internacionales y en su gestión transparente y coordinada⁸⁹².

En efecto, para la Comisión, “las actuales normas y medidas no crean el marco necesario, ni tampoco ofrecen las condiciones necesarias para la creación de capacidades de interconexión para lograr el objetivo de un mercado interior eficiente y abierto que funcione adecuadamente”⁸⁹³. Por esta razón señala que “la inversión en grandes

Generación Eléctrica a 2030: Interconexiones Internacionales”, en: *Cuadernos de Energía, ob cit*, pág. 13-14, disponible en www.enerclub.es

⁸⁹¹ La capacidad de importación de electricidad de España, en relación con la punta de la demanda, es ostensiblemente menor que la capacidad de importación de otros países europeos. En efecto, en el año 2007, la capacidad de importación de Alemania correspondía al 21% de su demanda punta (Dp=80.900 MW); la capacidad de importación de Francia correspondía al 13,1% de su demanda punta (Dp=86.300 MW); la capacidad de importación de Italia correspondía al 14,2% de su demanda punta (Dp=54.100 MW) y la capacidad de importación de Bélgica correspondía al 42,7% de su demanda punta (Dp=13.100 MW). *Ibidem*.

⁸⁹² Directiva 2009/72/CE, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad; Directiva 2009/73/CE, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural; Reglamento (CE) 713/2009, por el que se crea la Agencia de Cooperación de los Reguladores de la Energía; Reglamento (CE) 714/2009, relativo a las condiciones de acceso a la red para el comercio transfronterizo de electricidad y Reglamento (CE) 715/2009, sobre las condiciones de acceso a las redes de transporte de gas natural. Toda esta normativa es de 13 de julio de 2009 y se encuentra disponible en <http://eur-lex.europa.eu/es/index.htm>.

⁸⁹³ *Cfr.* Considerando 4 del Reglamento (CE) 714/2009, de 13 de julio de 2009, publicado en el DOUE L 211 de 14 de agosto de 2009, pág. 15-35 y disponible en <http://eur-lex.europa.eu/es/index.htm>

infraestructuras debe promocionarse intensamente, asegurando, al mismo tiempo, el adecuado funcionamiento del mercado interior de la electricidad⁸⁹⁴.

De esta manera, en el nuevo paquete legislativo, se adoptan medidas concretas tendentes a fortalecer el desarrollo y buen funcionamiento de las interconexiones internacionales. Por ejemplo, se crea la Red Europea de Gestores de Redes de Transporte (REGRT), que busca aumentar el grado de cooperación de los gestores de redes de transporte con la finalidad, tratándose del sector eléctrico, de garantizar la gestión óptima, el funcionamiento coordinado y la evolución técnica adecuada de la red europea de transporte de electricidad⁸⁹⁵.

Del mismo modo, se crea una Agencia de Cooperación de los Reguladores de Energía que, entre otras funciones, supervisará las actividades de la REGRT y decidirá sobre problemas transfronterizos relativos a procedimiento de asignación de capacidad, plazos de asignación, reparto de los costes de congestión, etc⁸⁹⁶.

Así pues, desde el ámbito comunitario y desde el ámbito local⁸⁹⁷, se están impulsando iniciativas para aumentar la capacidad de interconexión, principalmente (en el caso de

⁸⁹⁴ *Cfr.* Considerando 23 del Reglamento (CE) 714/2009, de 13 de julio de 2009, publicado en el DOUE L 211 de 14 de agosto de 2009, pág. 15-35 y disponible en <http://eur-lex.europa.eu/es/index.htm>

⁸⁹⁵ *Vid.* Artículo 4 del Reglamento (CE) 714/2009, de 13 de julio de 2009, publicado en el DOUE L 211 de 14 de agosto de 2009, pág. 15-35 y disponible en <http://eur-lex.europa.eu/es/index.htm>

⁸⁹⁶ *Vid.* Artículos 7 y 8, Reglamento (CE) 713/2009, de 13 de julio de 2009, publicado en el DOUE L 211 de 14 de agosto de 2009, pág. 1-14, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/es/index.htm>

⁸⁹⁷ Según RIVERO TORRE, se pretendía desarrollar los siguientes proyectos que reforzaban la capacidad de las interconexiones internacionales. Con Portugal: Refuerzo del eje del Tajo y ampliación a 400 KV de la conexión Aldeadávila-Frontera portuguesa, alcanzándose 1.800 MW de capacidad a corto plazo. Mallado de la red de 400 kV de ambos sistemas, en la zona del río Miño, mediante un nuevo eje de 400 KV. Para incrementar la capacidad de

España), con Francia y con Portugal. Ambas interconexiones cobran una importancia cardinal para el sector eléctrico peninsular. Con Portugal por la necesidad de consolidar el MIBEL como mercado regional, y con Francia para conectar la península con el sistema eléctrico europeo.

Para concluir, es necesario puntualizar que un aumento en la capacidad de interconexión se traduciría en un aumento del comercio transfronterizo, que a su vez, contribuiría a moderar el poder de mercado. De manera paralela, a medida que los mercados están lo suficientemente conectados, éstos se van abriendo a la competencia. De este modo, los consumidores se pueden beneficiar de precios y servicios más competitivos⁸⁹⁸.

4.2. La evaluación de la operación considerando las singulares barreras de entrada existentes.

En punto al control de concentraciones en el sector eléctrico español, la existencia de importantes barreras de entrada en este sector, ha sido puesta de relieve en las diferentes

interconexión y dotarla de mayor seguridad de operación, se mallaría la red de 400 KV de los sistemas español y portugués entre Guillena (España) y Sotavento (Portugal). Con Francia: La principal acción es la interconexión por Cataluña con un nuevo doble circuito de 400 KV. A largo plazo, se considera un nuevo mallado de la red, a través de Navarra, de 400 KV con doble circuito. Estos proyectos se complementarían con la planificada interconexión por Cataluña y permitirá alcanzar una capacidad de intercambio a largo plazo de 4.000 MW. Por último, la interconexión con Andorra se aumentaría de tensión a 220 KV. *Vid.* RIVERO TORRE, Pedro; "Prospectiva de Generación Eléctrica a 2030: Interconexiones Internacionales", en: *Cuadernos de Energía, ob cit*, pág. 15, disponible en www.enerclub.es

⁸⁹⁸ *Vid.* Numeral segundo, Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 11 de marzo de 2009, "Informe sobre los Progresos Realizados en la Creación del Mercado Interior del Gas y de la Electricidad", COM/2009/0115 final, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/es/index.htm>

decisiones que ha tomado la autoridad de competencia (TDC, CNC)⁸⁹⁹ y en los respectivos informes sectoriales presentados por la CNE⁹⁰⁰.

Sobre la base de tales decisiones, podemos afirmar que las principales barreras de entrada propias del sector eléctrico español son:

- El Riesgo Regulatorio. Las carencias del marco regulatorio español y lo impredecible de los cambios en la normativa aplicable (como por ejemplo la modificación realizada por el Gobierno a la función 14 de la CNE para

⁸⁹⁹ Vid. Informe de la Dirección de Investigación de la CNC (en segunda fase del procedimiento), Expediente de Concentración C/0098/08, *Gas Natural/Unión Fenosa*; Informe del TDC C94/05, del 5 de enero de 2006, expediente de concentración *Gas Natural/Endesa*; Informe del TDC, Expediente de Concentración Económica C 60/00 *Endesa/Iberdrola*, de 10 de enero de 2001; Expediente de Concentración Económica, C54/00, de 17 de mayo de 2000, *Unión Eléctrica Fenosa-Hidroeléctrica del Cantábrico*. Informe de la CNE 178/2008, de 9 de octubre de 2008, a petición de la Comisión Nacional de la Competencia sobre la operación de concentración consistente en la adquisición por parte de Gas Natural SDG, S.A. de una participación de control sobre Unión Fenosa, S.A; Informe de la CNE 33/2005, de 20 de diciembre de 2005, sobre el proyecto de concentración consistente en la adquisición del control de Endesa, S.A. por parte de Gas Natural SDG, S.A. mediante oferta pública de adquisición de acciones; Informe 4/2000 de la Comisión Nacional de la Energía, sobre el proyecto de concentración consistente en la toma de control de Hidroeléctrica del Cantábrico S.A. por parte de Unión Fenosa, S.A. de 26 de abril de 2000. Disponibles en www.cncompetencia.es y www.cne.es

⁹⁰⁰ Con independencia del sector económico bajo examen, la determinación de la existencia de barreras de entrada, se realiza con la finalidad de establecer si existen factores (económicos, técnicos, jurídicos, etc) que imposibiliten o desanimen a los nuevos competidores a entrar en el(los) mercado relevante(s) identificado(s). En este sentido, este análisis permite determinar: En primer lugar, si las barreras de entrada han sido creadas voluntariamente por las empresas presentes en el mercado, con el fin de protegerse y afectar el precio del bien o servicio. En este caso, estas barreras deben ser legalmente perseguidas. En segundo lugar, si las barreras de entrada son creadas por medidas regulatorias. En este caso se debe reformar la normativa con el objetivo de eliminarlas. En tercer lugar, si las barreras de entrada existentes son, simplemente, inherentes a las características propias del mercado estudiado, por ejemplo la necesidad de realizar una alta inversión económica para poder entrar a competir. Vid. ENERGIA Y SOCIEDAD; Documento "*Barreras de Entrada y Atacabilidad del Mercado*", disponible en www.energiaysociedad.es

obstaculizar el desarrollo de la OPA presentada por E.ON sobre Endesa⁹⁰¹) generan una incertidumbre, que tiene el efecto de disuadir a los posibles competidores de entrar en el mercado⁹⁰².

- La insuficiente capacidad de las interconexiones internacionales. Como ya hemos indicado, esta circunstancia limita la capacidad de intercambio comercial con otros sistemas eléctricos e “incide negativamente en la posible entrada de nuevos operadores por la vía de los intercambios internacionales”⁹⁰³.
- La existencia de activos estratégicos propiedad de operadores dominantes. Hay que tener en cuenta que, en el momento de seleccionar el lugar óptimo para construir una central, es necesario considerar variables importantes, como el acceso a las redes de alta tensión para evacuar la electricidad producida, el acceso a las fuentes de combustible, las inversiones necesarias en infraestructura, factores medioambientales, permisos, etc. En este orden de ideas, cuando un nuevo competidor busca un emplazamiento idóneo para su central se encuentra con que este tipo de zonas ya se encuentran ocupadas por los operadores dominantes del mercado. En efecto, los operadores dominantes construyen sus nuevas centrales de ciclo combinado en los lugares donde ya tienen grupos de generación de gas,

⁹⁰¹ *Vid. Supra*. Apartado 3.8. del segundo capítulo del presente trabajo.

⁹⁰² Riesgo que se ha mantenido como una barrera de entrada existente desde los primeros años de vigencia de la LSE e identificable desde los primeros procedimientos de control de concentraciones en el sector eléctrico. *Vid.* Expediente de Concentración Económica, C54/00, de 17 de mayo de 2000, *Unión Eléctrica Fenosa-Hidroeléctrica del Cantábrico*, pág. 30, disponible en www.cncompetencia.es

⁹⁰³ *Cfr.* Informe del TDC C94/05, del 5 de enero de 2006, expediente de concentración *Gas Natural/Endesa*, pág. 169, disponible en www.cncompetencia.es

fuel y carbón, porque allí cuentan con una red de infraestructura establecida (además de su propiedad), accesos disponibles a la red, a los combustibles, etc. De esta manera, los nuevos competidores se enfrentan a unas condiciones de inversión menos favorables respecto a los productores ya existentes, al tener que asumir costos elevados (construcción de carreteras, redes eléctricas, tramite de permisos, licencias, etc), que impiden que puedan competir en las mismas condiciones que los operadores dominantes.

- Los costos de inversión. La construcción de una central de producción implica enormes costos en consideración a los años necesarios para su construcción, los largos periodos de maduración de la inversión y la variación del precio de los combustibles. Estas circunstancias hacen que, en el sector eléctrico, el inversor deba tener en cuenta la altas posibilidades de contar con “costes hundidos”⁹⁰⁴ en su inversión. Además de esta circunstancia, en España, hasta el año 2006, gracias a los Costes de Transición a la Competencia (CTCs)⁹⁰⁵, los operadores activos

⁹⁰⁴ Costes necesarios para entrar a competir en determinado sector y que son irreuperables.

⁹⁰⁵ Los CTCs (también conocidos como costes varados o “stranded costs”) fueron creados mediante la Ley 54/1997 (LSE), en el proceso de liberalización del sector eléctrico español. Mediante este mecanismo se estableció un derecho de compensación de las empresas eléctricas por el cambio de modelo, teniendo en cuenta las inversiones que habían realizado bajo el régimen anterior y cuya retribución garantizaba la tarifa. Este mecanismo también era considerado como una de las principales barreras de entrada del sector eléctrico español. Con el paso del tiempo, por ser un mecanismos ineficiente, fue eliminado mediante el Real Decreto Ley 7/2006. En particular, las razones que motivaron su eliminación fueron la distorsión de los precios de mercado al ser integrados como determinantes en las estrategias de oferta, la obsolescencia de las hipótesis sobre las que se basaban su cálculos y la amortización, en buena medida, de las instalaciones eléctricas afectadas. Vid. VIVES, Xavier; “*El Reto de la Competencia en el Sector Eléctrico*”, *ob cit*, pág. 11; SALMADOR SEGURA, Juan; “La Energía Eléctrica: Producción, Transporte y Distribución”, en: *El Derecho de la Energía*, editorial La Ley, Madrid, 2006, pág. 302 y ARIÑO ORTIZ, Gaspar, LOPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, Lucia y DE QUINTO ROMERO, Javier; “*Costes de Transición a la Competencia (Sector Eléctrico)*”, Working Paper No. 31, Madrid, Febrero, 1999. Disponible en www.arinoyasociados.com; Informe de la CNE 178/2008, de 9 de octubre de 2008, operación Gas Natural/Unión Fenosa, pág. 172 ,disponible en www.cne.es

tenían garantizada la recuperación de sus anteriores inversiones, impidiendo la existencia de “costes hundidos”, ventaja con la que no contaban los nuevos competidores⁹⁰⁶.

- El excesivo grado de concentración de la industria eléctrica española. Debemos anticipar que este factor, como barrera de entrada, implica que los nuevos competidores, en su condición de agentes precio aceptantes, pueden sufrir las consecuencias de las estrategias de los operadores dominantes. Sobre este riesgo también hay que tener presente que, en mercados con alto grado de concentración, existe la posibilidad de influir en la determinación de los precios⁹⁰⁷.
- La integración vertical de los grupos empresariales dominantes. En la actualidad, sin conocer los efectos prácticos que en el sector han tenido las recientes medidas de profundización de la separación de actividades⁹⁰⁸, para evitar la existencia de subsidios cruzados, la ley 54/1997 exigió a las empresas la separación jurídica de las actividades reguladas (transporte y distribución) de las actividades no reguladas (generación y comercialización). En este sentido, debido a que los nuevos competidores no participan, habitualmente, en todas las etapas del mercado de electricidad, los grupos empresariales dominantes tienen incentivos para concentrar el cobro de sus márgenes de beneficio en aquellas actividades en las que no tienen competidores, pudiendo reducir sus márgenes en aquellas

⁹⁰⁶ Vid. Informe del TDC C94/05, del 5 de enero de 2006, expediente de concentración *Gas Natural/Endesa*, pág. 171, disponible en www.cncompetencia.es

⁹⁰⁷ Vid. Informe de la CNE 178/2008, de 9 de octubre de 2008, operación *Gas Natural/Unión Fenosa*, pág. 171, disponible en www.cne.es

⁹⁰⁸ Medidas establecidas por la Ley 17/2007, publicada en el BOE núm. 160 de 5 de julio de 2007 y disponible en www.cne.es

actividades en las que tienen competencia hasta provocar la salida del mercado del nuevo competidor o de los existentes⁹⁰⁹. Además, estas empresas integradas tienen información asimétrica frente a los potenciales competidores, puesto que las distribuidoras conocen las cantidades y los precios contratados por sus clientes. Esta información resulta fundamental para que las comercializadoras del grupo presenten ofertas “a medida” a los usuarios, de la que no disponen los nuevos o potenciales competidores⁹¹⁰.

A la vista de las barreras de entrada expuestas, cabe señalar que la decisión de la autoridad de competencia va a depender -en buena medida- del impacto de la

⁹⁰⁹ Vid. Informe de la CNE 178/2008, de 9 de octubre de 2008, operación *Gas Natural/Unión Fenosa*, pág. 173, disponible en www.cne.es

⁹¹⁰ Vid. Informe del TDC C94/05, del 5 de enero de 2006, expediente de concentración *Gas Natural/Endesa*, pág. 174, disponible en www.cncompetencia.es. En relación a las consecuencias prácticas de esta barrera en el funcionamiento del sector eléctrico, conviene recordar que el TDC declaró: “...las comercializadoras que sólo están presentes en esta actividad se enfrentan al riesgo de que una subida de los precios del *pool* anule su margen de comercialización y le haga incurrir en pérdidas, sin que este riesgo pueda tener cobertura alguna mediante las ganancias que una generadora asociada a ella habría obtenido de vender a esos precios altos la energía generable. Es más, los grupos empresariales que poseen tanto empresas de generación como de comercialización pueden no sólo cubrir sus riesgos en el segmento de la comercialización sino que pueden hallar incentivos a incrementar los precios del *pool* hasta un nivel que expulse a las comercializadoras no generadoras del mercado....Esta práctica, una vez ejecutada en la práctica, pasa de ser una posibilidad teórica a una amenaza creíble que sin duda desincentivará la entrada de otros comercializadores, al menos mientras no puedan tener el respaldo de una mínima generación que les cubra de los riesgos de incremento no previsibles del precio del *pool*. La barrera que supone la actual integración vertical no opera sólo en el sentido de dificultar la entrada en la comercialización a aquéllos que no dispongan también de generación, sino también a la inversa. Así, los nuevos generadores se enfrentan al riesgo de un precio de *pool* insuficiente para rentabilizar sus inversiones. En la medida que tengan a su vez comercialización, los mayores márgenes que se producirían en esta actividad, como consecuencia de reducción inesperada en el precio del *pool*, servirían para enjugar las pérdidas en generación...”. Cfr. Expediente de Concentración Económica, C54/00, de 17 de mayo de 2000, *Unión Eléctrica Fenosa-Hidroeléctrica del Cantábrico*, pág. 37-38, disponible en www.cncompetencia.es

concentración en estas barreras. Por esta razón, ha constituido una práctica reiterada en el análisis de concentraciones del sector eléctrico español, que la autoridad de competencia imponga una serie de requisitos a la operación tendentes a contrarrestar o mitigar los efectos anticompetitivos de la operación, relacionados con estas barreras de entrada⁹¹¹.

De esta manera, en ocasiones, los planes de desinversión de activos (forzosos o voluntarios) buscan solventar los problemas de competencia, que puedan agravar el alto grado de concentración de la industria, derivados de la adición de cuotas de producción y/o suministro de electricidad. Por otra parte, la desinversión de participaciones, garantías de separación jurídica, compromisos de acceso a la información, etc, también pretenden contrarrestar los efectos anticompetitivos derivados de la integración vertical existente en el sector⁹¹².

En última instancia, estas medidas pretenden que el sector eléctrico español sea más “expugnable”. De tal manera que los operadores dominantes ajusten su conducta a la posibilidad real de entrada de nuevos competidores y esta circunstancia repercuta en el proceso de formación de precios, en beneficio de todos los competidores, los

⁹¹¹ Los efectos en el sector de determinadas barreras de entrada no pueden contrarrestarse directamente a través del control de concentraciones, sino mediante la modificación del marco regulador o a través de medidas de política industrial, como en el caso de la eliminación de los CTCs o el aumento de la capacidad de interconexión de las redes internacionales. *Vid.* ENERGIA Y SOCIEDAD; Documento “*Barreras de Entrada y Atacabilidad del*”, *ob cit*, disponible en www.energiaysociedad.es

⁹¹² *Vid.* Informe de la Dirección de Investigación de la CNC (en segunda fase del procedimiento), Expediente de Concentración C/0098/08, *Gas Natural/Unión Fenosa*, pág. 152. Este es un ejemplo de una concentración en la que la autoridad de competencia aceptó los compromisos presentados ya que contrarrestaban sus principales efectos anticompetitivos. También hay situaciones en que se imponen determinadas condiciones a la concentración a efectos de ser aprobada, por ejemplo, *Vid.* Informe del TDC, Expediente de Concentración Económica C 60/00 *Endesa/Iberdrola*, de 10 de enero de 2001, pág. 76 y ss; Por último, también hay casos en los que simplemente no se aceptan los compromisos propuestos, por ejemplo, *Vid.* Informe del TDC C94/05, del 5 de enero de 2006, expediente de concentración *Gas Natural/Endesa*, pág. 184 y ss.

consumidores y, en general, todo el sector. En este sentido, es necesario tener presente que la identificación de las barreras de entrada, permite establecer si un mercado en particular es “atacable” o “expugnable”, es decir, si en un mercado existe la posibilidad real de que en un periodo corto de tiempo entren nuevos competidores. Así las cosas, entre menos barreras de entrada existan, esta posibilidad será mayor.⁹¹³

4.3. La prevención de efectos anticompetitivos derivados del alto índice de concentración de la industria.

Como hemos señalado, una de las principales características del sector eléctrico español es que presenta un alto índice de concentración. Es decir, la estructura de mercado de la industria eléctrica española se caracteriza por la existencia de muy pocas empresas, que

⁹¹³ Como sostiene el TDC, “..el Tribunal debe examinar si existen obstáculos o barreras para que nuevas empresas entren en el mercado en un periodo corto de tiempo, y si dicha entrada es probable y suficiente; en otras palabras, si los mercados atacados son expugnables”. En punto al análisis de concentraciones, un mercado expugnable, tiene la ventaja de tener precios competitivos, incluso con pocos operadores (circunstancia a tener en cuenta en el caso del sector eléctrico), ya que “en ausencia de barreras, la amenaza de entrada de nuevos operadores en el mercado disciplina la política de precios de las empresas existentes sin necesidad de que el número de empresas que en él operan aumente”. Por el contrario, cuando en un mercado existan barreras de entrada cuya superación sea difícil (por costos, trabas regulatorias, etc), mayor es la posibilidad de que las empresas dominantes exploten las rentas monopólicas u oligopólicas que existan, con las respectivas pérdidas de eficiencia y equidad que esta situación genera. Por ejemplo, se producen menos bienes y servicios, más caros y de peor calidad (pérdida de eficiencia) y, por otra parte, el comprador se ve forzado a realizar una transferencia excesiva de renta al comprador. El exceso pagado es el mayor valor del precio que tendría el mismo bien o servicio, en un mercado en el que existiese competencia (pérdida de equidad). Con fundamento en este argumento, el TDC considera que las barreras de entrada limitan, o en los peores casos, anulan el mecanismo natural del mercado para la corrección de una situación de ineficiencia e inequidad, reduciendo las posibilidades de que nuevas empresas accedan al mercado y oferten sus productos. Cfr. Informe del TDC C94/05, del 5 de enero de 2006, expediente de concentración *Gas Natural/Endesa*, pág. 168, disponible en www.cncompetencia.es y ENERGIA Y SOCIEDAD; Documento “*Barreras de Entrada y Atacabilidad del*”, ob cit, disponible en www.energiaysociedad.es. Vid. Informe del TDC C94/05, del 5 de enero de 2006, expediente de concentración *Gas Natural/Endesa*, pág. 168 y 169, disponible en www.cncompetencia.es.

disponen de cuotas de mercado significativamente elevadas⁹¹⁴. Esta situación es especialmente significativa en los mercados de producción y suministro de electricidad.

Como es bien sabido, el elevado índice de concentración en la estructura de un mercado favorece la creación de posiciones de dominio y aumenta el riesgo de ejercicio de esta posición⁹¹⁵. Así las cosas, como explican DEL GUAYO, LOPEZ y HANCHER, en el

⁹¹⁴ Vid. ENERGIA Y SOCIEDAD; Documento “*Competencia y Poder de Mercado*”, disponible en www.energiaysociedad.es. En relación al grado de concentración que se presentaba en el mercado mayorista de electricidad en el 2005, destacamos lo expuesto por BEATO y DELGADO, en referencia a la posición que ocupaban en el mercado Endesa e Iberdrola: “Tanto la oferta como la demanda del mercado español *spot* de electricidad están controladas por dos grupos: Endesa e Iberdrola. Estos dos grupos controlan el 60 por 100 de la generación. Si bien estas cifras pudieran reflejar la existencia de cierta competencia en cualquier otro mercado, en el mercado eléctrico, dada la rigidez de la demanda, no son suficientes para garantizar el desarrollo de un mercado competitivo. La concentración de la oferta es habitual en casi todos los países europeos y alcanza cotas próximas al monopolio en países como Francia o Bélgica. La demanda del mercado *spot* eléctrico está conformada por los llamados comercializadores de electricidad, por los distribuidores y por grandes consumidores cualificados que pueden participar directamente en el mercado *spot*. ... Las empresas presentes en el segmento de la distribución son prácticamente las mismas que las presentes en el segmento de la generación. De hecho, el 80 por 100 de la demanda de energía está controlada por los mismos grupos económicos que controlan la oferta. La concentración de la oferta y de la demanda y el hecho de que los mismos grupos estén presentes en ambos lados del mercado hacen que resulte relativamente fácil calcular la demanda residual a la que se enfrenta cada agente y, dada la rigidez de la demanda, establecer precios por encima del precio competitivo”. Cfr. BEATO BLANCO, Paulina y DELGADO, Juan; “La Liberalización del Sector Eléctrico en España ¿Un Proceso Incompleto o Frustrado?”, en: *Revistas ICE, 75 Años de Política Económica Española*, No. 826, Madrid, Noviembre, 2005, pág. 264. Ahora bien, debemos resaltar que, como afirman VIVES y FEDERICO, el poder de mercado de Endesa e Iberdrola en el mercado de generación, se ha reducido gracias a la inversión en centrales de ciclo combinado por parte de nuevos competidores, por parte de empresas de menor tamaño como Viesgo y por la entrada de Gas Natural, en especial después de su concentración con Unión Fenosa. Vid. VIVES, Xavier y FEDERICO, Giulio; “*Competencia y Regulación en los Mercados Españoles del Gas y la Electricidad*”, Informes del Centro Sector Público-Sector Privado, IESE, Navarra, Noviembre, 2008, pág. 11, disponible en www.iese.edu

⁹¹⁵ En términos generales, según ODRIÓZOLA e IRISSARRY, el abuso del poder de mercado se puede ver reflejado en aumentos de precios, reducción de las cantidades ofertadas, variación de la calidad de los bienes y/o servicios, disminución de la innovación o cualquier otra influencia que pueda alterar la competencia y que, al final, se traduzca en un perjuicio para los consumidores y en una reducción del bienestar general. Vid. ODRIÓZOLA,

sector eléctrico el poder de mercado se puede materializar en cualquiera de las siguientes posibilidades⁹¹⁶:

- Presentar una oferta a un precio superior al competitivo.
- Reducir la producción ofertada al mercado con el fin de generar tensiones entre la oferta y la demanda y provocar así una subida de precios.
- Crear o agravar las congestiones existentes en la red de transporte de alta tensión para beneficiarse del incremento de precios que ello suele suponer.

El elevado índice de concentración es una barrera de entrada común en otros sistemas eléctricos que han sido reestructurados mediante procesos de liberalización y, por lo tanto, el ejercicio del poder de mercado es también un riesgo común en otros sistemas⁹¹⁷.

Miguel e IRISSARRY, Belén; “El Argumento de las Eficiencias Económicas en el Ámbito del Control de Concentraciones. ¿Un Nuevo Desafío o una Misión Imposible?”; en: *Anuario de la Competencia 2005*, Editorial Marcial Pons, Fundación ICO, Universidad Autónoma de Barcelona, Madrid, 2006, pág. 247.

⁹¹⁶ Vid. DEL GUAYO CASTIELLA, Iñigo; LÓPEZ MILLA, Julián y HANCHER, Leigh; “Competencia y Regulación.....”, *ob cit*, pág. 43.

⁹¹⁷ Hay que tener en cuenta que el índice de concentración de la industria eléctrica española es menor que la de otros países europeos como Grecia, Francia, Portugal, Bélgica y la Republica Checa. En termino generales, es necesario recordar que entre los factores que favorecen la vulnerabilidad de los mercados energéticos al poder de mercado encontramos la baja elasticidad de la demanda en el corto plazo, la imposibilidad o el coste elevado de almacenamiento, la necesidad de realizar inversiones elevadas con largos plazos de amortización, la necesidad de acceso a infraestructuras con características de monopolio natural y la segmentación geográfica debido a las restricciones de transporte. Vid. GANDOLFI, Mónica; “Herramientas para el Análisis de Competencia en los Sectores Eléctrico y de Gas Natural: La Perspectiva de un Regulador Energético”. Presentación expuesta en *Jornada sobre Promoción y Vigilancia de la Competencia en el Sector Eléctrico*, Club Español de la Energía, Center for the Study of Organizations and Decisions in Economics (CODE), Energía y Sociedad, Madrid, 25 de junio de 2009,

No obstante, en el caso de España, prevenir el ejercicio anticompetitivo del poder de mercado, es una tarea que cobra especial importancia, teniendo en cuenta la existencia de otras barreras de entrada propias del sector eléctrico local: la deficiente capacidad de interconexión, la elevada integración vertical, el riesgo regulatorio, etc.

Así las cosas, el análisis del poder de mercado en los procesos de control de concentraciones en el sector eléctrico español⁹¹⁸, ha involucrado el estudio de factores como:

- Las cuotas de mercado. En punto al mercado de generación, la CNC considera que además de medir las cuotas de producción, es necesario analizar las cuotas de potencia instalada de los operadores, que reflejan sus posiciones estructurales y su capacidad de actuación estratégica⁹¹⁹.

diapositiva 5 y ENERGIA Y SOCIEDAD; Documento "*Competencia en el Mercado Eléctrico*". Trabajos disponibles en www.energiaysociedad.es.

⁹¹⁸El poder de mercado y su ejercicio tiene una particularidad cuando se estudia en sede del control de concentraciones ya que este análisis se realiza -de manera previa- sobre la estructura del mercado y sobre el riesgo potencial de su ejercicio. Este análisis *ex_ante*, se diferencia de otros instrumentos de Derecho de la competencia que operan sobre el ejercicio del poder de mercado con posterioridad a la conducta (por ejemplo, los casos de pactos colusorios, prácticas abusivas de posición dominante y prácticas desleales). En este sentido, a través del control de concentraciones, es posible introducir medidas estructurales dirigidas a mejorar o mantener una determinada estructura competitiva deseada. Vid. ENERGIA Y SOCIEDAD; Documento "*Competencia y Poder de....*", *ob cit*; FEDERICO, Giulio; "Estructura Competitiva de los Sectores de Españoles de Electricidad y Gas Natural", presentación expuesta en *Jornada sobre Promoción y Vigilancia de la Competencia en el Sector Eléctrico*, Club Español de la Energía, Center for the Study of Organizations and Decisions in Economics (CODE), Energía y Sociedad, Madrid, 25 de junio de 2009, diapositiva 8. Documentos disponibles en www.energiaysociedad.es

⁹¹⁹ Vid. Informe de la Dirección de Investigación de la CNC (en segunda fase del procedimiento), Expediente de Concentración C/0098/08, *Gas Natural/Unión Fenosa*, pág. 87, disponible en www.cncompetencia.es

- Los índices de concentración. Obtenidos mediante la aplicación del índice Herfindahl-Hirschman (IHH) a mercados como el de generación o suministro⁹²⁰. En la concentración Gas Natural/Endesa, gracias a la aplicación del IHH, el TDC determinó que en el mercado de suministro a consumidores domésticos y PYMES, se reforzaría la posición de estas empresas en el mercado, constituyendo un riesgo para el mantenimiento de la competencia efectiva⁹²¹.
- La posición de cada productor frente a la cobertura de la demanda (pivotalidad)⁹²². Cuanto mayor sea la demanda (suponiendo que otros factores permanecen constantes) lo más probable es que un generador tenga poder de mercado, incluso si es pequeño, toda vez que es más probable que el sistema dependa de él para poder satisfacer la demanda. En otras palabras, un agente es necesario (pivote) cuando la demanda total del sistema es superior a la capacidad de producción del resto de agentes. En estos casos el productor necesario puede comportarse de manera independiente de las presiones competitivas; es decir, puede actuar libremente sobre la demanda residual⁹²³.

⁹²⁰ *Vid. Supra*. Apartado 2.6. del segundo capítulo del presente trabajo.

⁹²¹ Según el TDC, “Considerando que el incremento de la cuota es similar en ambos mercados....y con la hipótesis de que la totalidad de la ganancia de Gas Natural en baja tensión, se deduce de la cuota del principal suministrador en el 2003, resultaría un IHH posterior a la concentración de 3.552, con un incremento (delta) de 305”. *Cfr.* Informe del TDC C94/05, del 5 de enero de 2006, expediente de concentración *Gas Natural/Endesa*, pág. 164, disponible en www.cncompetencia.es.

⁹²² *Vid.* Informe de la CNE 178/2008, de 9 de octubre de 2008, operación *Gas Natural/Unión Fenosa*, pág. 116, disponible en www.cne.es

⁹²³ Los índices de pivotalidad reflejan la capacidad de los competidores de monopolizar una demanda residual positiva midiendo el número de veces en los que un agente es pivote y su intensidad en un periodo de tiempo determinado. *Vid.* Informe de la Dirección de Investigación de la CNC (en segunda fase del procedimiento),

- El *mix* tecnológico. Para la CNC las cuotas de potencia instalada no reflejan completamente el poder de mercado de las empresas ya que suman capacidades de producción de centrales que no son equivalentes. Es decir, la capacidad de actuación de un agente no depende solamente de la potencia que tenga instalada, sino también de la composición de su parque de generación (hidráulica, carbón, gas, nuclear, etc)⁹²⁴.
- La influencia de las barreras de entrada como por ejemplo la existencia de activos estratégicos propiedad de las empresas dominantes⁹²⁵.

Hay que tener en cuenta que el control de concentraciones, al analizar los factores mencionados anteriormente, busca evitar que se incremente el riesgo de que el poder de mercado se ejerza unilateralmente de forma anticompetitiva. En particular, debe tenerse presente si existen incentivos que motiven el ejercicio anticompetitivo del poder de mercado, de tal modo que las empresas obtengan “un beneficio mayor que el de un comportamiento perfectamente competitivo”⁹²⁶.

Expediente de Concentración C/0098/08, *Gas Natural/Unión Fenosa*, pág. 96-97, 133, disponible en www.cncompetencia.es

⁹²⁴ La CNC se refiere a este aspecto en los siguientes términos: “...el poder de mercado está asociado a la capacidad que tenga un agente de retirar producción de forma rentable, lo que, a su vez, depende de la tecnología de producción de sus centrales, tanto en lo que respecta a los costes variables de producción de éstas como a sus características técnicas”. *Ibid.* Pág. 87.

⁹²⁵ *Vid. Supra.* Apartado 4.2. del presente capítulo.

⁹²⁶ *Vid. ENERGIA Y SOCIEDAD*; Documento “*Competencia y Poder de....*”, *ob cit*, disponible en www.energiaysociedad.es.

Sobre la base de lo anteriormente expuesto, en punto al análisis que la autoridad española de competencia ha realizado de las concentraciones analizadas, podemos extraer los siguientes criterios, en relación con el riesgo del incremento del poder de mercado en el sector eléctrico:

- Una concentración entre operadores dominantes puede conducir a la creación de una posición de dominio individual en el mercado mayorista de generación de electricidad y a una situación de monopolio en el mercado de comercialización⁹²⁷.
- Las operaciones de concentración entre empresas dominantes de gas y electricidad (debido a la tendencia a converger de estos dos servicios), generan el riesgo de que se incrementen los precios de gas destinados al abastecimiento de centrales de ciclo combinado. Este aumento persigue aumentar el margen de beneficio en la venta de gas y, simultáneamente, en el precio final del mercado mayorista de electricidad⁹²⁸.
- La concentración entre empresas activas en los mercados del gas y la electricidad puede reforzar la posición de dominio de la empresa resultante en el mercado de suministro de electricidad, como consecuencia del aumento en la presencia

⁹²⁷ Criterio conforme al estado del sector eléctrico y a los progresos del proceso de liberalización en el periodo 1999-2000. *Vid.* Informe del TDC, Expediente de Concentración Económica C 60/00, de 10 de enero de 2001, *Endesa/Iberdrola*, pág. 64, disponible en www.cncompetencia.es

⁹²⁸ Además, teniendo en cuenta la importancia de las nuevas centrales de ciclo combinado en el despacho del mercado mayorista español, también es importante evaluar las consecuencias de la diversificación de las tecnologías de producción de la empresa resultante (*mix de generación*). *Vid.* Informe del TDC C94/05, del 5 de enero de 2006, expediente de concentración *Gas Natural/Endesa*, pág. 188, disponible en www.cncompetencia.es

comercial y la diversificación en los puntos de suministro (además de la adición de cuotas de mercado)⁹²⁹.

Por otra parte, otro efecto anticompetitivo estrechamente relacionado con la existencia de un alto índice de concentración en la industria eléctrica (como sucede en el caso español) es la coordinación anticompetitiva de la conducta de los agentes. Como defienden DEL GUAYO, LOPEZ y HANCHER, en el caso de los comportamientos coordinados, el ejercicio del poder de mercado no se lleva a cabo de manera unilateral, sino que se ejerce de forma colectiva como consecuencia de la existencia de condiciones que animan a las empresas a coordinar su estrategia⁹³⁰.

En este orden de ideas, en el sector eléctrico, específicamente en el mercado mayorista, están presentes buena parte de los factores que sirven de estímulo a las empresas a coordinar su comportamiento. Estos factores son⁹³¹: la existencia de un número reducido de competidores lo que facilita la colusión; la presencia de importantes barreras de entrada; la fijación diaria de precios y para cada hora del día; la suficiente transparencia de modo que cada agente puede conocer la estrategia de sus competidores.

Así las cosas, debemos destacar que el control de concentraciones también ha tenido en cuenta la existencia del riesgo de coordinación en la industria eléctrica y ha buscado prevenir su potencial incremento derivado de una concentración evaluada. Por ejemplo,

⁹²⁹ Vid. Informe del TDC C94/05, del 5 de enero de 2006, expediente de concentración *Gas Natural/Endesa*, pág. 160, disponible en www.cncompetencia.es

⁹³⁰ Vid. DEL GUAYO CASTIELLA, Iñigo; LÓPEZ MILLA, Julián y HANCHER, Leigh; "Competencia y Regulación.....", *ob cit*, pág. 43.

⁹³¹ *Ibid.* pag.43-44.

para el TDC, la desaparición de un competidor principal podía incrementar, de forma grave, los incentivos dirigidos a la colusión tacita entre la empresa resultante de la concentración y los dos operadores dominantes del sector. A esta conclusión llegó el TDC en el análisis de la operación *Union Fenosa/Hidrocantábrico*, cuando consideró que la desaparición de un competidor principal podía incrementar, de forma grave, el riesgo de dominio colectivo especialmente en los mercados de generación y comercialización de electricidad⁹³².

En otro pronunciamiento, el TDC consideró que la operación notificada incrementaba el riesgo de coordinación en el mercado mayorista de electricidad entre la empresa resultante, Endesa e Iberdrola, ya que, además de reforzarse la capacidad de producción, también aumentaban los incentivos a la coordinación⁹³³.

En suma, la existencia de poder de mercado en el sector eléctrico es una realidad (especialmente en el mercado mayorista), así como el riesgo de que las empresas

⁹³² En efecto, de acuerdo al Tribunal, “El riesgo que se desea prevenir no es sólo la posibilidad de colusión explícita entre los participantes, sino el riesgo de que los participantes pierdan interés en ejercer una autentica competencia efectiva entre ellos, como consecuencia de que, en la nueva estructura del mercado, el comportamiento orientado hacia la obtención de un equilibrio competitivo proporcione menores ventajas a los operadores que las asociadas a la búsqueda de un equilibrio cooperativo, entendiéndose por este último el caracterizado por el establecimiento de un precio de mercado superior al coste marginal. En el caso de la adquisición de Hidrocantábrico por Unión Fenosa, es probable que la nueva empresa resultante de la fusión considere más ventajoso el “equilibrio cooperativo”, en el mercado de generación...”. Cfr. Informe del TDC, Expediente de Concentración Económica C54/00, de 17 de mayo de 2000, *Unión Eléctrica Fenosa-Hidroeléctrica del Cantábrico*, pág. 40, 41, disponible en www.cncompetencia.es.

⁹³³ Estos incentivos aumentan debido a razones como: el incremento de la simetría de las carteras de generación de la nueva empresa, Endesa e Iberdrola; la capacidad de penalizarse mutuamente por no seguir las estrategias coordinadas (resultante de la simetría de tamaños y de capacidades estratégicas) debido a que su capacidad individual de comportamiento independiente era muy inferior a su capacidad colectiva; la creación de vínculos estructurales entre Endesa, Iberdrola y la empresa resultante. Vid. Informe de la Dirección de Investigación de la CNC (en segunda fase del procedimiento), Expediente de Concentración C/0098/08, *Gas Natural/Unión Fenosa*, pág. 134-135, disponible en www.cncompetencia.es.

dominantes, Endesa e Iberdrola, ejerzan este poder de forma anticompetitiva, bien de forma unilateral o coordinada⁹³⁴. Por estas razones, el control de concentraciones en España ha ido incorporando más elementos de juicio a sus análisis para determinar la capacidad de la entidad fusionada para ejercer anticompetitivamente este poder de mercado, sobre todo teniendo en cuenta la convergencia del gas y la electricidad.

Esta convergencia hace que este análisis adquiera una mayor complejidad, más aun al tener claro que “la cuestión más importante en los mercados del gas y la electricidad es el poder de mercado y no la cuota del mercado”⁹³⁵. Así pues, coincidimos con LÓPEZ DE CASTRO cuando concluye que “las fusiones y adquisiciones empresariales deben estar sometidas a un estricto control de preventivo de situaciones de dominio. Las empresas pueden ser pocas, la cuota de mercado de algunas de ellas elevada, pero hay que dejar siempre abierta la “rivalidad” entre las mismas y garantizar que ninguno de los operadores pueda “imponer precios”, lo que ciertamente se consigue cuando usuarios y consumidores tienen la posibilidad de cambiar de suministrador”⁹³⁶.

Para terminar, es nuestra intención destacar que, recientemente, dada la complejidad del análisis de concentraciones en el sector energético, los mecanismos de evaluación

⁹³⁴ Como así lo reconoce el TDC, “Dos empresas (Endesa e Iberdrola) dominan el mercado de generación con *mix* de producciones relativamente complementarias e indispensables para atender la demanda en numerosos periodos y para resolver las restricciones técnicas del sistema. Ambas empresas tiene capacidad de fijar precios por si solas o a través de concentraciones tacitas , tanto en periodos de demanda alta como baja, siendo el resto de los operadores precio-aceptantes.”. Cfr. Informe del TDC C94/05, del 5 de enero de 2006, expediente de concentración *Gas Natural/Endesa*, pág. 187, disponible en www.cncompetencia.es

⁹³⁵ Cfr. DEL GUAYO CASTIELLA, Iñigo; LÓPEZ MILLA, Julián y HANCHER, Leigh; “Competencia y Regulación.....”, *ob cit*, pág. 53.

⁹³⁶ Cfr. LÓPEZ DE CASTRO, Lucia; “Estructura Empresarial de la Industria Eléctrica y Gasista. Situación y Tendencias”, en: *Energía en España y Desafío.....*, *ob cit*, pág. 89.

tradicionales se han complementado con otras herramientas de análisis como los índices de “pivotalidad” y la aplicación de modelos de oligopolio para la simulación de mercados, etc.

De esta manera, la combinación de diversos mecanismos de análisis, sumado al estudio de las condiciones de entrada al mercado y el contexto regulatorio/institucional del sector, aporta mayores elementos de juicio al evaluador para la toma de una decisión adecuada a la complejidad del sector⁹³⁷. Como un ejemplo reciente de este tipo de análisis encontramos la evaluación realizada por la CNC en la concentración Gas Natural/Unión Fenosa, que comparada con el análisis de la concentración Unión Fenosa/Hidrocantábrico, evidentemente refleja una evolución en el análisis de estas operaciones⁹³⁸.

⁹³⁷ Vid. GANDOLFI, Mónica; “Herramientas para el Análisis de Competencia en los Sectores Eléctrico y de Gas Natural: La Perspectiva de un Regulador Energético”. Presentación expuesta en *Jornada sobre Promoción y Vigilancia de la Competencia en el Sector Eléctrico*, Club Español de la Energía, Center for the Study of Organizations and Decisions in Economics (CODE), Energía y Sociedad, Madrid, 25 de junio de 2009, diapositiva 10, 19, 21. Documento disponible en www.energiaysociedad.es

⁹³⁸ Tratándose de mercados energéticos, DEL GUAYO, LOPEZ y HANCHER, consideran que para determinar si la entidad fusionada tendrá el incentivo y la capacidad para abusar de su poder de mercado, no basta estudiar los niveles de concentración sino que también hace falta valorar aspectos como “la estructura y la dinámica cambiante del mercado pertinente para el suministro de gas y electricidad, transmisión, servicios auxiliares, almacenamiento y suministro para clientes finales...”. Y a continuación, en coherencia con su posición, concluyen que “sería un error suponer que una autoridad de la competencia (ya sea nacional o europea) debería utilizar los mecanismos propios del control de fusiones como medio prioritario para abordar las diferentes cuestiones o deformaciones subrayadas en el informe provisional de la Comisión”. Cuestiones resaltadas por la Comisión Europea en referencia a la concentración y el poder de mercado existente en la industria energética europea, el cierre vertical de los mercados, la falta de integración de los mercados, falta de transparencia y los problemas de precios. Cfr. DEL GUAYO CASTIELLA, Iñigo; LÓPEZ MILLA, Julián y HANCHER, Leigh; “Competencia y Regulación.....”, *ob cit*, pág. 50 y 53.

4.4. La intervención política en el proceso de control.

A lo largo del presente trabajo hemos puesto de manifiesto el papel del Gobierno en el proceso de control de concentraciones en el sector eléctrico y el modo en que ha intervenido en cada una de las operaciones analizadas. Se puede afirmar que, en el caso del sector eléctrico español, el Gobierno interviene de dos maneras en los procesos de concentraciones. En primer lugar, mediante su participación directa, atribuida por la Ley, en el procedimiento de control. Y, en segundo lugar, mediante las reformas legislativas promovidas durante el desarrollo de los procesos de concentración⁹³⁹.

En el caso de la intervención directa en el procedimiento de control (a través del Ministro de Economía y el Consejo de Ministros), esta facultad era mucho más amplia bajo la vigencia de la Ley 16/1989 que bajo la vigencia de la Ley 15/2007, que acertadamente restringió -aunque no en la medida deseada- el ámbito de intervención política en el proceso de control.

En efecto, tomando en consideración las concentraciones estudiadas, bajo la vigencia de la Ley 16/1989, el Gobierno tuvo una participación activa en las operaciones Unión Fenosa/Hidrocantábrico, Endesa/Iberdrola y, Gas Natural/Endesa. Todas ellas concentraciones frustradas y con una intervención política bastante discutida en las concentraciones Endesa/Iberdrola y Gas Natural/Endesa.

⁹³⁹ Con acierto ARIÑO y GUIRADO hacen referencia a otras medidas proteccionistas como las acciones de oro, los blindajes empresariales, los blindajes políticos anti-OPAS y el veto arbitrario de los organismos reguladores. *Vid.* ARIÑO, Gaspar y GUIRADO, Rosa; “El Desafío Europeo y los Nacionalismos Rampantes”, en: *Energía en España y Desafío....., ob cit*, págs. 17-28

A partir de la vigencia de la Ley 15/2007, en la principal operación de concentración que se ha llevado a cabo en el sector energético español (Gas Natural/Unión Fenosa)⁹⁴⁰, el Gobierno se mantuvo al margen del procedimiento de control. No obstante, de haberlo considerado necesario, su intervención hubiese sido posible, puesto que la CNC aprobó la operación de manera condicionada.

En relación a la intervención del Gobierno mediante reformas legislativas, promovidas durante el desarrollo de los procesos de concentración en el sector eléctrico, el mejor ejemplo se encuentra cuando E.ON presentó su OPA competidora por Endesa. Pocos días después de presentada esta oferta, el Gobierno decidió modificar (por vía de urgencia) la función decimocuarta de la CNE, para que esta autoridad tuviese la competencia de autorizar la OPA; motivo por el que adoptó el Real Decreto Ley 4/2006⁹⁴¹. La magnitud de esta intervención es particularmente evidente tratándose de una operación cuyo estudio estaba reservado a la Comisión Europea y, además, es una muestra palpable de un problema de inestabilidad regulatoria en el sector⁹⁴².

⁹⁴⁰ Y a su vez, la única concentración de esta dimensión que se ha llevado a cabo con éxito.

⁹⁴¹ Como ya mencionamos en otro lugar, mediante esta norma, a pesar de que la OPA de E.ON tenía dimensión comunitaria y estaba sometida exclusivamente al análisis de la Comisión Europea, la CNE quedaba facultada para autorizar adquisiciones o tomas de participación significativas realizadas por cualquier sujeto, es decir E.ON, en sociedades que desarrollaban actividades que tenían la consideración de reguladas o actividades sujetas a una intervención administrativa, que implicasen una relación de sujeción especial, es decir Endesa. *Vid. supra*. Apartados 3.8. del segundo capítulo y 1.3.2.2 del tercer capítulo.

⁹⁴² En relación al problema de inestabilidad regulatoria, VIVES y FEDERICO consideran que la Política de fusiones “..debería de permitir la reestructuración corporativa del sector, siempre que ésta no distorsione la competencia efectiva, y siempre que favorezca la mayor eficiencia de las empresas y les permita adquirir una escala suficiente en los mercados energéticos internacionales (por ejemplo, un tamaño suficiente para asegurarse insumos a precios razonables)”. De acuerdo con este acertado razonamiento, tratándose de concentraciones en el sector energético, debemos resaltar la importancia de identificar el punto de equilibrio entre la adquisición de dimensiones de consideración en los mercados internacionales y el mantenimiento de unas condiciones de competencia aceptables

Así las cosas, a pesar de que en el año 2008 las facultades otorgadas a la CNE por el Real Decreto Ley 4/2006, fueron declaradas incompatibles con el Ordenamiento comunitario, gracias a su aplicación inicial, el desarrollo de la OPA de E.ON fue obstaculizado por el Gobierno, hasta lograr que la empresa alemana retirase su oferta después del acuerdo alcanzado con Enel y Acciona.

Ahora bien, teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, hay que aclarar que la intervención política en los procesos de concentración en el sector energético no es un problema exclusivo de España, sino que también es propio de otros países de la Unión Europea, como Francia, Italia o Alemania⁹⁴³. En el caso particular de Alemania, podemos desatacar que el Gobierno ha permitido la ejecución de concentraciones que debido a sus efectos en materia de competencia en el mercado nacional, no habían sido autorizadas por las autoridades de competencia, como en el caso de la concentración *E.ON/Ruhrgas*⁹⁴⁴.

en el mercado local. Cfr. VIVES, Xavier y FEDERICO, Giulio; “Competencia y Regulación en los Mercados Españoles....”, *ob cit*, pág. 150, disponible en www.iese.edu

⁹⁴³ ARIÑO y GUIRADO extienden el fenómeno intervencionista a países como Polonia, Luxemburgo e incluso el Reino Unido. Vid. ARIÑO, Gaspar y GUIRADO, Rosa; “El Desafío Europeo y los Nacionalismos Rampantes”, en: *Energía en España y Desafío.....*, *ob cit*, pág. 17.

⁹⁴⁴ Vid. BUDESKASTELLAMT, 8. Beschlussabteilung, B8-4000-U-109/01, de 21 de enero de 2001; Zusammenschlussvorhaben der E.ON AG mit Der Gelsenberg AG und der E.ON AG mit der Bergemann GmbH, Sondergutachten der Monopolkommission. Documentos disponibles en <http://www.bundeskartellamt.de/> y <http://www.monopolkommission.de/>

También se presentó una intervención directa en el proceso de control o ejemplos de obstaculización indirecta de concentraciones, como en el caso del apoyo del Gobierno francés a la fusión de Gaz de France con Suez para frenar la OPA que la empresa pública italiana Enel tenía preparada sobre Suez. Esta concentración fue llevada cabo en el 2006 para proteger a Suez mediante el capital público de GDF, participada por el Estado francés en un 80% y que por ley no debe ser inferior al 70%. Vid. ARIÑO, Gaspar y GUIRADO, Rosa; “El Desafío Europeo y los Nacionalismos Rampantes”, en: *Energía en España y Desafío.....*, *ob cit*, pág. 11.

En esta concentración, ejecutada en el 2002, la autoridad de competencia alemana (*Bundeskartellamt*) rechazó su ejecución, por sus efectos en el mercado eléctrico local, conclusión a la que también había llegado la Comisión de Monopolio al evaluar de forma negativa su ejecución. No obstante la oposición de estas autoridades técnicas, en una muestra de respaldo e interés político, la fusión fue finalmente autorizada por el Canciller alemán y el Ministerio de Economía.

Esta situación pone de manifiesto una realidad innegable. La apertura a la competencia de los mercados energéticos nacionales (como paso previo necesario para alcanzar un mercado común de la energía en Europa) no es una prioridad para buena parte de los Gobiernos europeos⁹⁴⁵. En efecto, para algunos Gobiernos, a la vista de sus actuaciones, resulta prioritario el fortalecimiento de sus empresas nacionales y el mantenimiento de un margen de control sobre la industria energética, considerada “estratégica”.

En este sentido, la formación de un “campeón nacional”, como sostiene ARIÑO, dificulta la entrada en el mercado local de nuevos competidores, incapaces de competir con empresas de tales dimensiones (efecto que se conoce como cierre del mercado), aumenta el índice de concentración de la industria y aumenta el poder de mercado de la empresa resultante, con las consabidas consecuencias adversas que el ejercicio anticompetitivo del poder de mercado puede traer a los usuarios del servicio⁹⁴⁶.

Ahora bien, una de las razones que en ocasiones se esgrime para justificar la formación de “campeones nacionales”, es de carácter estratégico, esto es, la preparación para

⁹⁴⁵ Excepto el caso del Reino Unido y los países nórdicos, países que se han mantenido al margen de esta actitud intervencionista.

⁹⁴⁶ Vid. ARIÑO ORTIZ, Gaspar; “*Problemas de Competencia en los Sectores Energéticos.....*”, *ob cit*, pág. 13-15.

competir en el mercado común de la energía. A este respecto, es necesario recordar que, a la fecha, este mercado común no existe. A lo sumo podemos hablar de competencia en mercados regionales de electricidad pero no de competencia en un mercado europeo. El débil desarrollo de las conexiones internacionales y la interferencia política en los mercados eléctricos del continente europeo entorpecen su desarrollo. Por lo tanto hoy estamos en presencia de “campeones nacionales” y “campeones europeos” que compiten en “mercados nacionales”⁹⁴⁷, una situación que mas que favorecer el desarrollo competitivo de los mercados energéticos, los perjudica.

Sobre la base de lo anteriormente expuesto cabe puntualizar que, en el caso español, la intervención del Gobierno en los procesos de concentraciones no ha servido para defender ninguno de los objetivos que justifican esta intervención. Es decir, ni se ha defendido el interés general o la seguridad pública (en consideración al carácter estratégico de la industria), toda vez que la principal empresa energética española ha pasado a ser controlada por una empresa pública italiana⁹⁴⁸, ni se creó un campeón

⁹⁴⁷ Sobre este tema el Profesor ARIÑO afirma que “..para que exista un mercado único las industrias de red requieren justamente eso: redes transeuropeas. Y estas no existen, ni llevan camino de existir en un futuro cercano...Las interconexiones entre los países de Europa son muy desiguales. Algunos como Alemania, Bélgica o Francia, que son el corazón de Europa, con múltiples fronteras, están relativamente conectados, pero otros –los países periféricos- están prácticamente aislados..”. Este autor advierte que “Es un error y un desconocimiento del sector eléctrico afirmar que el mercado interior europeo se consolidara cuando haya fusiones entre compañías energéticas de distintos países. Es justamente lo inverso...Los campeones nacionales/europeos tienden a consolidar, no el mercado, sino su posición de dominio en el territorio que ocupan, sin que tengan incentivo alguno para construir redes y competir entre ellos..”. En el caso del desarrollo de las conexiones internacionales, consideramos que la ausencia de voluntad política también ha dificultado este desarrollo con la finalidad de proteger los operadores locales de la entrada de nuevos competidores. Cfr. ARIÑO, Gaspar; “La Razón Veraz y la Razón Falsaria. Las Trampas de Europa.”, en: *Energía en España y Desafío.....*, ob cit, pág. 209 y 213.

⁹⁴⁸ En especial después de que en febrero de 2009, la empresa española de construcción Acciona (empresa que según el gobierno representaba y defendía la “españolidad” de Endesa) vendiera a Enel su participación en la empresa (25%), adquiriendo así la empresa italiana el 92% del capital de Endesa.

nacional (del tipo E.ON, ENEL o EDF) cuando se presentó la oportunidad para hacerlo - en nuestra opinión- en las concentraciones Endesa/Iberdrola o Gas Natural/Endesa⁹⁴⁹.

De acuerdo con este balance, debe valorarse la justificación de esta intervención del Gobierno en los procesos de concentración. A nuestro entender, la intervención política entorpece las condiciones de transparencia y seguridad jurídica que deben imperar en la normativa de competencia y, tratándose del sector eléctrico, se constituye en una barrera de entrada institucional difícil de superar. Además, consideramos innecesaria esta intervención ya que, como bien sugiere PETITBÓ, “dado que las autoridades de defensa de la competencia tienen como objetivo la defensa de los intereses públicos, con una adecuada regulación sería suficiente”⁹⁵⁰.

⁹⁴⁹ A este respecto, coincidimos con ALBENTOSA cuando afirma que “..las fusiones entre empresas energéticas españolas se intentaron en una primera etapa para conseguir, según ellas mismas declararon, los denominados campeones nacionales, capaces de competir con las grandes empresas europeas cuando el mercado único sea una realidad. Además, en defensa de estos campeones o gigantes energéticos españoles se esgrimieron los previsibles intentos de absorción que, se aventuraba entonces, en poco tiempo se iban a producir por parte de compañías del resto de Europa”. Para el autor, que defiende una postura distinta a la expuesta en el presente trabajo, “..elegir entre campeones nacionales y competencia es una falsa disyuntiva que debe ser superada. Lo esencial no es si las empresas son numerosas y pequeñas o más bien grandes y pocas. Lo relevante es si se ponen de acuerdo para manipular precios en lugar de despellejarse entre ellas”, y a continuación agrega “...no son las fusiones de empresas sino el comportamiento de las fusionadas frente a otras, posiblemente también fusionadas, lo que debe preocupar”. Como hemos mencionado, no podemos compartir la posición del autor ya que la competencia de un sector económico no se puede calificar, exclusivamente, con fundamento en el comportamiento de las empresas que operan en el mercado sino que también debe tenerse en cuenta la capacidad de acceso a ese mercado. Aspecto crítico en mercados energéticos donde operan empresas tipo “campeones nacionales” y, mucho más crítico, en mercados energéticos protegidos por los Gobiernos. Cfr. ALBENTOSA PUCHE, Luis; “El Papel del Regulador en el Sector Eléctrico”, en: *Tratado de Regulación del Sector Eléctrico*, Tomo II, *ob cit*, pág. 204.

⁹⁵⁰ Cfr. PETITBÓ JUAN, Amadeo “El Control de Concentraciones desde la Perspectiva Económica y Jurídica”, en: *La Ley 15/2007 de Defensa de....*, *ob cit*, pág. 120.

Para terminar, es nuestra intención destacar que la intervención del Gobierno en el procedimiento de concentraciones en el sector eléctrico, contrasta con la labor ejemplar de España, en materia de incorporación al Ordenamiento jurídico interno de la normativa comunitaria de liberalización de los sectores energéticos. España ha traspuesto buena parte de esta normativa comunitaria sin mayor demora y mediante la adopción de los mecanismos adecuados para aplicar este proceso de liberalización. Así pues, la pregunta que surge es ¿por qué se mantiene el intervencionismo cuando se ha mostrado una actitud favorable al proceso de liberalización?

La respuesta, en nuestra opinión, subyace en un tema de confianza. En efecto, la intervención del Gobierno en esta materia obedece a que todavía no se asume que la liberalización y la competencia benefician a los usuarios, a la industria y a los países. Se mantiene la desconfianza del desarrollo del mercado común de la energía. Además, se aprovecha la falta de efectividad de los mecanismos jurídicos comunitarios, destinados a velar por el cumplimiento de la normativa comunitaria, para, de una u otra manera (como, por ejemplo, mediante el R.D.L. 4/2006), defender lo que cada Estado considera sus “intereses generales” y/o sus “sectores estratégicos”.

CAPITULO IV

CONTROL DE CONCENTRACIONES EN COLOMBIA Y EL SECTOR ELÉCTRICO

1. Introducción.

En Colombia, el control de concentraciones empresariales debe encuadrarse en el marco del Principio de libertad económica, consagrado en el artículo 333 de la Constitución Política⁹⁵¹. Para el ejercicio pleno de esta libertad, en la misma norma constitucional se garantizan los derechos de libre competencia y libre empresa, cuyo ejercicio -no obstante- supone responsabilidades y, en ocasiones, se ve sometido a limitaciones⁹⁵².

Estas limitaciones a la libertad económica son establecidas por la Ley, cuando así los exige el interés social, el medio ambiente y el patrimonio cultural de la Nación. En este

⁹⁵¹ Este precepto dispone: “La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”. *Cfr.* Artículo 333 de la Constitución Política de Colombia, disponible en www.web.presidencia.gov.co.

⁹⁵² Sobre el alcance de los límites a la libertad de empresa en Colombia *Vid.* Sentencia de la Corte Constitucional de 16 de noviembre de 1995, C-524/95; Sentencia de la Corte Constitucional de 6 de diciembre de 1994, C-560/94; Sentencia de la Corte Constitucional de 23 de octubre de 1997, C-535/97 disponibles en www.juriscol.banrep.gov.co

orden de ideas, el control de concentraciones empresariales se entiende como una expresión de la intervención del Estado para que, con fundamento en la defensa del interés general, se proteja la libre competencia⁹⁵³, se fomente la eficiencia económica y el bienestar del consumidor.

En este orden de ideas, el Ordenamiento jurídico colombiano encarga a la autoridad nacional de protección de la competencia, (la Superintendencia de Industria y Comercio -en adelante SIC-), entre otras funciones, el control de las operaciones de concentración empresarial, que en la legislación colombiana se denominan “integraciones empresariales”,⁹⁵⁴.

⁹⁵³ El concepto de libre competencia ha sido definido por la Corte Constitucional en los siguientes términos: “La libre competencia se presenta cuando un conjunto de empresarios, en un marco normativo de igualdad de condiciones, invierten sus esfuerzos, en la conquista de un mercado determinado, bajo el supuesto de la ausencia de barreras de entrada o de otras prácticas restrictivas que dificulten el ejercicio de una actividad económica lícita. Bajo estas consideraciones la libre competencia económica, como un derecho individual y a la vez colectivo, tiene como finalidad alcanzar un estado que permita la obtención del lucro individual para el empresario, y a la vez que genere beneficios para el consumidor con bienes y servicios de mejor calidad, con mayores garantías y a un precio real y justo”. *Cfr.* Sentencia de la Corte Constitucional de 14 de mayo de 2002, C-369/02, pág. 41-42, disponible en www.juriscol.banrep.gov.co

⁹⁵⁴ De acuerdo con el artículo 6° de la Ley 1340 de 24 de julio de 2009, la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) conoce de forma privativa de las investigaciones administrativas, imposición de multas y adopción de otras decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia, así como en relación con la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal. En este sentido, el artículo 2 de la misma Ley (que adiciona el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992), establece que “Las disposiciones sobre protección de la competencia abarcan lo relativo a prácticas comerciales restrictivas, esto es acuerdos, actos y abusos de posición de dominio, y el régimen de integraciones empresariales...”. *Cfr.* Artículos 2 y 6 de la Ley 1340 de julio 24 de 2009, publicado en el Diario Oficial núm. 47420 de 24 de julio de 2009 (en adelante DO) y disponible en www.dmsjuridica.com. Por su parte, en el listado de funciones del Superintendente de Industria y Comercio, también se le asigna expresamente el pronunciarse sobre las fusiones, consolidaciones, adquisiciones de control e integración, cualquiera que sea la forma jurídica de la operación. *Vid.* artículo 3.14 del Decreto 3523 de 15 de septiembre de 2009, publicado en el DO núm. 47473 de 15 de septiembre de 2009. Disponible en www.cntv.org.co

Es necesario tener presente que a diferencia de lo que sucedía con anterioridad a la reforma introducida por la Ley 1340 de julio 24 de 2009, en la actualidad, la SIC es la única autoridad competente para realizar el control previo de concentraciones de empresas, con independencia del sector económico en que se lleven a cabo.

Este Principio de competencia exclusiva tiene una excepción. Las concentraciones ejecutadas por empresas vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia. En este caso, ésta Superintendencia será la autoridad competente para evaluar las concentraciones, aunque antes de tomar su decisión, debe tener presente el análisis elaborado por la SIC sobre el efecto de la concentración en la libre competencia. Asimismo, la Superintendencia Financiera de Colombia debe tener en cuenta los requisitos que la SIC, eventualmente, imponga a la concentración, con la finalidad de asegurar la preservación de la competencia efectiva en el mercado⁹⁵⁵.

En todo caso, debe tenerse presente que, en la actualidad, las principales normas que regulan el control de las concentraciones empresariales en Colombia son la Ley 1340/09 de 2009, el Decreto 3523/09 de 2009, la Circular Única de la SIC del año 2001 (Título VII), el Decreto 2153/92 de 1992, el Decreto 1302/64 de 1964 y la Ley 155/59 de 1959⁹⁵⁶. Por lo demás, también deben tenerse en cuenta los conceptos y resoluciones de

⁹⁵⁵ *Vid.* Artículo 9, Ley 1340/09 de julio 24 de 2009, que subroga el artículo 4 de la Ley 155 de 1959. Disponible en www.dmsjuridica.com.

⁹⁵⁶ *Vid.* Ley 1340 de julio 24 de 2009, publicada en el DO núm. 47420 de 24 de julio de 2009; Ley 155 de 24 de diciembre de 1959, publicada en el DO núm. 30138 de 22 de enero de 1960; Decreto 1302 de junio 1 de 1964, publicado en el DO núm. 31922 de 3 de mayo de 1964; Decreto 2153 de 30 de diciembre de 1992, publicado en el DO núm. 40704 de 31 de diciembre de 1992; Decreto 3523 de 15 de septiembre de 2009, publicado en el DO núm. 47473 de 15 de septiembre de 2009; Circular Única de la SIC del año 2001, publicada en el DO núm. 44511 del 6 de agosto del 2001. Normas disponibles en www.dmsjuridica.com

la SIC, que contribuyen a aportar claridad o precisión en determinados aspectos que la legislación no precisa con la suficiente exactitud.

En este sentido, no debe olvidarse que el control de concentraciones en Colombia es un tema que -en la actualidad- destaca por su creciente importancia, pero que aun precisa mayores avances en aspectos como la publicidad de los criterios de evaluación que fundamenta las decisiones de la SIC, la publicación de unas directrices consolidadas en materia de evaluación de concentraciones, entre otros.

En efecto, según la práctica actual de la SIC⁹⁵⁷, solamente en las decisiones que la autoridad de competencia colombiana prohíbe o aprueba de forma condicionada, se publica una resolución en la que se incluye la decisión y la evaluación de la operación. Por su parte, en aquellas operaciones aprobadas sin condiciones, solamente se hace pública la decisión de autorización y la respectiva evaluación se archiva en un informe reservado, que no es posible consultar por terceros ni por las partes.

Esta circunstancia, como acertadamente afirman MIRANDA y GUTIERREZ, “..impide al mercado y a la academia tener conocimiento pleno del análisis económico que realiza

⁹⁵⁷ A la espera de los avances que en esta materia se produzcan en los procesos de concentración empresarial, gracias a la aplicación del artículo 15 de la Ley 1340/09 que permite a la SIC formar un expediente público resumido y otro de carácter privado con la información completa. En este sentido, el mencionado artículo 15 establece “Los investigados por la presunta realización de una práctica restrictiva de la competencia podrán pedir que la información relativa a secretos empresariales u otro respecto de la cual exista norma legal de reserva o confidencialidad que deban suministrar dentro de la investigación, tenga carácter reservado. Para ello, deberán presentar, junto con el documento contentivo de la información sobre la que solicitan la reserva, un resumen no confidencial del mismo. La autoridad de competencia deberá en estos casos incluir los resúmenes en el expediente público y abrir otro expediente, de carácter reservado, en el que se incluirán los documentos completos....”. *Cfr.* Artículo 15, Ley 1340/09. Disponible en www.dmsjuridica.com

la SIC respecto de este tipo de operaciones”⁹⁵⁸. En punto a los argumentos que justifican la reserva con fundamento en el mantenimiento de la confidencialidad de determinada información, a nuestro entender, tal problemática se podría salvar mediante la publicación de una versión pública de la decisión (en la que se omite la información confidencial) y otra privada, independientemente del sentido de la resolución, como sucede en España con las decisiones tomadas por la Comisión Nacional de la Competencia⁹⁵⁹.

2. Concepto de concentración.

En Colombia, el concepto de concentración (como sucede en la normativa española) gira alrededor de la descripción de los supuestos necesarios para considerar que se está en presencia de una operación de esta naturaleza, a efectos de notificar su ejecución a la respectiva autoridad de competencia.

Según el artículo 9 de la Ley 1340/09 (que modifica el artículo 4 de la Ley 155 de 1959), todas las empresas⁹⁶⁰ que se dediquen a la misma actividad económica o participen en la

⁹⁵⁸ Cfr. MIRANDA LONDOÑO, Alfonso y GUTIERREZ RODRÍGUEZ, Juan David; “*El Control de las Concentraciones Empresariales en Colombia*”, Centro de Estudios de Derecho de la Competencia (CEDEC), Competition Law & Economics Research Paper Series, Working Paper No. 07-03, octubre, 2007, pág. 6. Documento Disponible en http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Juridicas/menu_lat/inv_centro_comp.htm

⁹⁵⁹ En este sentido LONDOÑO y GUTIERREZ afirman que “Es por esto que hemos insistido en varias oportunidades ante la SIC, sobre la importancia de que esta motivación se haga pública, así sea mediante la expedición de una resolución pública y una privada, como sucede en el caso de las objeciones y los condicionamientos.”. Cfr. MIRANDA LONDOÑO, Alfonso y GUTIERREZ RODRÍGUEZ, Juan David; “*El Control de las Concentraciones Empresariales en....*”, *ob cit*, pág. 6, Disponible en http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Juridicas/menu_lat/inv_centro_comp.htm *Ibidem*.

⁹⁶⁰ El concepto de empresa viene establecido en el artículo 25 del Código de Comercio, a cuyo tenor: “Se entenderá por empresa toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o

misma cadena de valor⁹⁶¹, están obligadas a informar a la SIC sobre las concentraciones que proyecten ejecutar, a efectos de fusionarse, consolidarse, adquirir el control o integrarse. Este deber de información debe cumplirse independientemente de la forma jurídica de la operación proyectada.

El deber de información previa⁹⁶² debe cumplirse, siempre y cuando las empresas participantes reúnan cualquiera de los siguientes requisitos⁹⁶³:

custodia de bienes, o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio”. En este sentido, también debe tenerse presente lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 1340/09 respecto a la aplicación de las normas de protección de la competencia, que establece: “Las disposiciones sobre protección de la competencia abarcan lo relativo a prácticas comerciales restrictivas, esto es acuerdos, actos y abusos de posición de dominio, y el régimen de integraciones empresariales. **Lo dispuesto en las normas sobre protección de la competencia se aplicará respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica y en relación con las conductas que tengan o puedan tener efectos total o parcialmente en los mercados nacionales, cualquiera sea la actividad o sector económico**”. Así las cosas, como afirma VELANDIA, podemos precisar que en Colombia el concepto de empresa es un concepto amplio que agrupa “tanto a personas jurídicas como a las naturales que sean empresas, es decir que adelanten una actividad económica”. Asimismo, siguiendo al citado autor, hay que tener presente que el criterio de empresa también abarca las empresas públicas y privadas. *Cfr.* Artículo 25, Código de Comercio de Colombia (Decreto 410 de 27 de marzo de 1971), publicado en el DO núm. 33339 de 16 de junio de 1971; artículo 2, Ley 1340/09, que adiciona el artículo 46 del Decreto 2153/92 (el resaltado es nuestro); VELANDIA, Mauricio; “*Derecho de la Competencia y del Consumo*”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008, pág. 194.

⁹⁶¹ En este párrafo se hace referencia tanto a las integraciones verticales, como a las horizontales. La doctrina se refiere a este aspecto como los supuestos de carácter subjetivo, a efectos de determinar que operaciones requieren autorización de la SIC.

⁹⁶² La doctrina colombiana identifica el momento de la notificación como el parámetro temporal del concepto de concentración. Este parámetro hace referencia a si la concentración debe notificarse a la autoridad de competencia antes o después de su ejecución. En Colombia, el parámetro temporal de notificación es de carácter previo a la ejecución de la operación. *Vid.* VELANDIA, Mauricio; “*Derecho de la Competencia y del...*”, *ob cit*, pág. 201.

- Cuando en conjunto o individualmente consideradas, las correspondientes empresas hayan tenido durante el año fiscal anterior a la operación proyectada, ingresos superiores al monto que en salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV), establezca la SIC⁹⁶⁴.
- Cuando al finalizar el año fiscal anterior a la operación proyectada, las correspondientes empresas tuviesen, en conjunto o individualmente consideradas, activos totales superiores al monto que en SMLMV, establezca la SIC⁹⁶⁵.

Si las empresas participantes en la concentración cumplen cualesquiera de los dos requisitos descritos anteriormente, pero, en conjunto, cuentan con menos del 20% del mercado relevante, únicamente deberán informar a la SIC la ejecución de la concentración y la operación se entenderá autorizada tácitamente. No se efectuará un proceso de evaluación previo por parte de la SIC. No obstante, en la información

⁹⁶³ Límites económicos que constituyen los umbrales de carácter objetivo. A efectos de calcular los ingresos y los activos, se tiene en cuenta la suma de los valores registrados en los estados financieros de las empresas participantes (y de las empresas del mismo grupo empresarial que están en el territorio nacional), del año fiscal anterior a aquel en que se avisa a la SIC la concentración. *Vid.* apartado 2.1. del Título VII de la Circular Única de la SIC, disponible en www.sic.gov.co

⁹⁶⁴ Conforme a la legislación vigente, deben ser superiores a 150.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes. No obstante, es necesario tener presente que estos umbrales pueden periódicamente modificados teniendo en cuenta la dinámica del mercado. *Vid.* Artículo 1, Resolución de la SIC 69901 de 31 de diciembre de 2009. Disponible en www.sic.gov.co

⁹⁶⁵ *Ibidem.*

presentada a la autoridad de competencia, debe justificarse debidamente que en conjunto no se tiene una participación en el mercado superior al 20%⁹⁶⁶.

Ahora bien, la SIC ha otorgado una mayor claridad a la definición de concentración empresarial, en relación a las diversas formas jurídicas mediante las que se puede efectuar una concentración⁹⁶⁷. En este sentido, mediante un concepto del año 2000, la SIC puntualizó ⁹⁶⁸: “El acto o los actos jurídicos mediante los cuales se lleve a cabo la operación son relevantes solo en la medida que constituyan un medio idóneo y directo para situar de manera permanente y bajo un único órgano de gestión a dos o más empresas que antes competían como entidades independientes en el mercado. Las formas de integración empresarial, pueden ser de diversa índole, pero el resultado al que presta atención el derecho es siempre el mismo, razón por la cual cualquiera que sea la forma jurídica de la integración sí está dentro de los supuestos de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas o puede producir efectos en el mercado colombiano deberá ser avisada a la Superintendencia de Industria y Comercio”.

Del mismo modo, la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca también se ha pronunciado sobre el concepto de concentración, en relación a las concentraciones de carácter horizontal. Este Tribunal sostuvo que “la integración

⁹⁶⁶ Vid. Artículo 9 de la Ley 1340/09 de julio 24 de 2009, disponible en www.dmsjuridica.com

⁹⁶⁷ Por su parte, en punto a las concentraciones verticales, antes de la promulgación de la Ley 1340/09, la SIC había despejado la duda del deber de notificar previamente este tipo de operaciones, confirmando su necesaria notificación previa. En este sentido, la SIC afirmó: “...visto que el objetivo del control previo de integraciones es eminentemente preventivo, y que tanto una operación de tipo horizontal como una vertical pueden confluir en una restricción indebida de la competencia, lo que fuerza a concluir es que ambas operaciones están inmersas en el deber legal de información previa, si concurren los demás supuesto previstos en la norma”. Cfr. Resolución de la SIC de 23 de noviembre de 2004, 28515. Disponible en www.sic.gov.co

⁹⁶⁸ Cfr. Concepto de la SIC núm. 00001365 de 2 de marzo de 2000, disponible en www.sic.gov.co

empresarial es cualquier acto en virtud del cual se concentran, fusionan o, consolidan dos o más agentes económicos que se dedican a la misma actividad productora, distribuidora abastecedora o consumidora”⁹⁶⁹.

Ahora bien, por disposición expresa de la Ley 1340/09, las concentraciones entre empresas en situación de Grupo Empresarial (concentraciones de conglomerado), están exentas del deber de notificación previa, independientemente de la forma jurídica como se ejecute la concentración⁹⁷⁰. De esta manera el legislador ha respondido a los requerimientos de la doctrina, que demandaban una mayor claridad en relación con el tipo de concentraciones que debían ser informadas a la SIC, de forma previa a su ejecución⁹⁷¹.

En suma, aunque la SIC y los Tribunales han delimitado los supuestos de concentración, lo cierto es que no han definido la misma. Esta circunstancia es acorde con la tendencia general de no definir puntualmente que es una concentración debido a la dificultad de

⁹⁶⁹ Cfr. Sentencia de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca de 12 de julio de 2008, 2005-00351. Disponible en www.sic.gov.co

⁹⁷⁰ Vid. Parágrafo 3, artículo 9 de la Ley 1340/09 de julio 24 de 2009 y artículos 27 y 28 de la Ley 222 de diciembre 20 de 1995, publicada en el DO núm. 42156 de 20 de diciembre de 1995. Normas disponibles en www.cntv.org.co

⁹⁷¹ En trabajos anteriores a la Ley 1340/09, MIRANDA y LONDOÑO expresaban en los siguientes términos la necesidad de contar con un concepto de concentración más claro y que se ocupase de definir expresamente que operaciones debían ser informadas: “..se requiere una modificación en la normativa que regula el control de las concentraciones empresariales en el sentido de abarcar expresamente todas las concentraciones que eventualmente puedan producir un efecto negativo en el mercado, incluyendo las concentraciones verticales y de conglomerado, los cual generará mayor seguridad jurídica y certeza respecto de las operaciones que deben ser informadas.”. Cfr. MIRANDA LONDOÑO, Alfonso y GUTIERREZ RODRÍGUEZ, Juan David; *“El Control de las Concentraciones Empresariales en....”*, ob cit, pág. 20, Disponible en http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Juridicas/menu_lat/inv_centro_comp.htm. *Ibidem*.

elaborar un concepto único que abarque todos los supuestos que deben ser incluidos en la definición.

No obstante, teniendo en cuenta la legislación, la doctrina de la SIC y la jurisprudencia, presentamos la siguiente definición de concentración: En Colombia, una concentración empresarial es cualquier operación de integración vertical u horizontal llevada a cabo por dos o más empresas, independientemente de la forma jurídica utilizada para consolidarla (fusión, adquisición de control, consolidación, etc)⁹⁷². El deber de información de una

⁹⁷² En Colombia, la definición de concentración no exige que la operación se lleve a cabo mediante algún negocio jurídico determinado y taxativamente señalado en la Ley. No obstante, por lo general, las concentraciones empresariales en Colombia ejecutan mediante cualquiera de las siguientes operaciones: una fusión, una integración, una consolidación o una adquisición de control. El artículo 172 del Código de Comercio, determina que “habrá fusión cuando una o más sociedades se disuelvan, sin liquidarse, para ser absorbidas por otra o para crear una nueva. La absorbente o la nueva compañía adquirirá los derechos y obligaciones de la sociedad o sociedades disueltas al formalizarse el acuerdo de fusión”. Una integración, de acuerdo con la doctrina de la SIC, es una “alianza o unión de dos o más empresas para formar una sola a través de la creación o implementación de esquemas operativos del diseño y ejecución de políticas comunes en aspectos financieros, administrativos, técnicos, comerciales, operativos y, en general, de cualquier caso de decisión empresarial que influya en el desarrollo presente y futuro de las actividades de la empresa resultado de la integración, cuyo objetivo es el de crear una empresa de mayor tamaño, que puede expandir sus actividades y proyectarse en mejores condiciones a competir tanto interna como externamente”. Para la SIC, una consolidación es un “proceso secuencial mediante el que una empresa que ya tenía participación en la otra, adquiere el control de la segunda a través de la transferencia de activos netos”. Por otra parte, en relación con la adquisición de control, según el Decreto 2153/1992, se entiende por control “la posibilidad de influenciar directa o indirectamente la política empresarial, la iniciación de los bienes o derechos esenciales para el desarrollo de la actividad de la empresa. En este sentido la SIC ha puntualizado que “Habrá control cuando como resultado de una operación, la empresa tenga la posibilidad de influenciar directa o indirectamente la política empresarial, la iniciación o terminación de la actividad de la empresa, la variación de la actividad.....o la disposición de los bienes o derechos esenciales para el desarrollo de la actividad de la empresa..”. Asimismo, es necesario tener en cuenta que, en el caso de empresas matrices y subordinadas, deberá informarse a la SIC aquellas operaciones llevadas a cabo entre estas empresas que impliquen la adquisición de control. En este sentido, de acuerdo con el Código de Comercio, una sociedad es subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentra sometido a la voluntad de otra –u otras personas- que son su matriz o controlante, bien sea directamente, caso en el cual aquélla se denominará filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria. El artículo 261 de este Código, menciona tres casos en los que se presume la existencia de

concentración ante la SIC se determina de acuerdo a unos umbrales económicos definidos en la Ley que -en la actualidad- descansan en dos criterios: el valor de los activos y/o de los ingresos operacionales de las empresas participantes en la concentración, expresados en SMLMV⁹⁷³.

Por último, reiteramos que están excluidas de este concepto, por no ser competencia de la SIC, las concentraciones efectuadas por empresas sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia (competencia de esta autoridad).

3. Régimen de autorización general y régimen de autorización particular.

En Colombia, el control de concentraciones empresariales se articula en dos regímenes diferentes, cuya aplicación depende del tipo de concentración que se planea ejecutar y si se ajusta al concepto de concentración expuesto en el apartado anterior.

subordinación. Estos casos son: cuando más del 50% del capital pertenezca a la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de sus subordinadas, o de las subordinadas de éstas; cuando la matriz y las subordinadas tengan, conjunta o separadamente, el derecho de emitir los votos constitutivos de la mayoría mínima decisoria en la junta de socios -o en la asamblea- o tengan el número de votos necesario para elegir la mayoría de miembros de la junta directiva, si la hubiere; cuando la matriz -directamente o por intermedio o con el concurso de las subordinadas- en razón de un acto o negocio con la sociedad controlada o con sus socios, ejerza influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración de la sociedad. *Vid.* MIRANDA LONDOÑO, Alfonso y GUTIERREZ RODRÍGUEZ, Juan David; “*El Control de las Concentraciones Empresariales en....*”, *ob cit*, pág. 24, 25, Disponible en http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Juridicas/menu_lat/inv_centro_comp.htm. *Cfr.* Artículos 172, 260, 261 del Código de Comercio; concepto de la SIC No. 96048285 de 1996; concepto de la SIC No. 96046922 de 1996; artículos 51 y 45 del Decreto 2153/1992; concepto de la SIC No. 98052130 de 1998. Normas y conceptos disponibles en www.cntv.org.co y en www.sic.gov.co

⁹⁷³ Estos valores se calculan teniendo en cuenta el SMLMV correspondiente al año fiscal inmediatamente anterior a aquel en que se avisa a la SIC la concentración. *Vid.* apartado 2.1. del Título VII de la Circular Única de la SIC, disponible en www.sic.gov.co

El primer régimen de control se denomina régimen de autorización general y están sometidos a él todas las concentraciones empresariales en que las empresas participantes -en conjunto o individualmente- al finalizar el año fiscal anterior a la operación, tengan activos totales que no sobrepasen 150.000 SMLMV, o que durante el año fiscal anterior a la operación, hayan tenido ingresos inferiores a 150.000 SMLMV⁹⁷⁴.

Las empresas participantes en una concentración, que cumplan estas condiciones, no tendrán que notificar de manera previa y directa a la SIC la concentración, sino que se entiende cumplido el deber de notificación cuando el representante legal de cada empresa manifiesta ante el respectivo órgano social (aquel competente para decidir sobre la operación, como por ejemplo el consejo de administración) que la concentración prevista pertenece al régimen de autorización general y, en consecuencia, así lo justifique, apruebe y documente el respectivo órgano de decisión⁹⁷⁵.

Hay que aclarar que el régimen general no debe ser entendido como un régimen en el que no existe un deber de información de la concentración ante la autoridad de competencia, sino que debe entenderse como un régimen en el que este deber de información se cumple mediante un trámite interno de las empresas participantes en la operación. En este sentido, compartimos el criterio de VELANDIA cuando afirma que “no significa que las operaciones que estén dentro de este régimen general no deban avisar su concentración: lo que significa es que se entiende que el aviso de esta empresa se efectúa en la medida en que cumplan con lo exigido en la Circular para esos casos, es decir, que el órgano societario o la persona autorizada guarden constancia de que al momento de la operación,

⁹⁷⁴ Vid. Artículo 1, Resolución de la SIC 69901 de 31 de diciembre de 2009. Disponible en www.sic.gov.co

⁹⁷⁵ El desarrollo de este trámite interno debe estar debidamente consignado y sustentado en los documentos de la empresa relativos al proceso de la concentración. *Ibidem*.

las empresas hacían parte del régimen general. Por tanto, queda en cabeza de cada empresa realizar el estudio y determinar si se encuentra en este régimen”⁹⁷⁶.

Una vez cumplido el deber de información en los términos expuestos en los párrafos anteriores, se entenderá autorizada la concentración sin tener que esperar respuesta o pronunciamiento alguno de la SIC. La ausencia de una evaluación puntual de la SIC en estas operaciones, se fundamenta en la presunción de que estas concentraciones, por las dimensiones económicas de las empresas participantes, no tienen el potencial de restringir indebidamente la competencia.

El segundo régimen de control de concentraciones en Colombia es el régimen de autorización particular. Este régimen se aplica a las concentraciones que superan los umbrales económicos previstos como límite en el régimen de autorización general. Es decir, se aplica a las concentraciones en que las empresas participantes, en conjunto o individualmente, al finalizar el año fiscal anterior a la operación, tienen activos totales que sobrepasan 150.000 SMLMV, o que durante el año fiscal anterior a la operación, han tenido ingresos superiores a 150.000 SMLMV.

En estos casos, las empresas participantes, por separado o de forma conjunta⁹⁷⁷, deben informar previamente a la SIC sobre la concentración proyectada, para su respectiva

⁹⁷⁶ Cfr. VELANDIA, Mauricio; “*Derecho de la Competencia y del...*”, *ob cit*, pág. 212.

⁹⁷⁷ De acuerdo con la SIC, “...la obligación de informar las operaciones de integración se predica de las empresas que proyecten llevar a cabo la respectiva operación, notificación que se puede efectuar de manera conjunta o separada, y, en todo caso, suministrando toda la información y anexos informativos requeridos.”. Cfr. Oficio SIC 06090451 de 2006. Disponible en www.sic.gov.co.

evaluación⁹⁷⁸. Una vez evaluada la concentración, la autoridad de competencia decidirá si autoriza o no la ejecución de la operación.

En este tipo de concentraciones, cobra mayor importancia la valoración de los supuestos subjetivo, objetivo y temporal de la concentración. En efecto, en relación al supuesto objetivo, deberá tratarse de una operación de integración vertical u horizontal entre empresas que no deben estar en situación de grupo empresarial. Asimismo, tratándose del supuesto objetivo, las empresas participantes, en conjunto o individualmente, deben superar los umbrales económicos establecidos en la normativa.

A nuestro entender, debe considerarse como un ulterior requisito de carácter objetivo una exigencia adicional establecida en la Ley. En el caso de que las empresas participantes en la concentración superen alguno de los dos umbrales económicos consagrados (valor de activos o ingresos), también deberá verificarse que, en conjunto, las empresas participantes tienen más del 20% de la cuota del mercado relevante. De ser así la operación se tramitará bajo el régimen de autorización particular y se verifica el supuesto temporal de la concentración, que exige la notificación previa a la SIC para su evaluación y, eventual, autorización⁹⁷⁹.

⁹⁷⁸ La doctrina de la SIC ha aclarado que también se tiene por no informada una concentración cuando la notificación se lleva a cabo de manera incompleta. *Vid.* Oficio de la SIC 06090451 de 2006 y apartado 2.2.1. del Título VII de la Circular Única de la SIC. Disponibles en www.sic.gov.co

⁹⁷⁹ Sobre el cumplimiento del supuesto cronológico o temporal la SIC ha dicho: "...el deber de información de una operación que se encuentra dentro de los supuestos enunciados (**subjetivo y objetivo**) debe cumplirse previamente a la realización de la misma. Esta carga se estableció como una prevención a situaciones monopólicas, con lo cual se da materialidad a lo ordenado en el artículo 333 de la Constitución Política. En tal sentido, una vez presentado el informe de la operación esta Superintendencia evalúa si por las condiciones en que se llevaría a cabo la operación no encierra peligros para el mercado en general, o si por el contrario, amerita su objeción o condicionamiento". *Cfr.* Resolución 8307 de la SIC, de 28 de marzo de 2003, pág. 11. Disponible en www.sic.gov.co. Negritas fuera del texto.

Por el contrario, si a pesar de cumplir con alguno de los umbrales económicos citados, la cuota de mercado conjunta es inferior al 20%, las empresas únicamente deberán notificar a la SIC la concentración y no habrá lugar a su evaluación, entendiéndose autorizada tácitamente como ocurre en el régimen de autorización general⁹⁸⁰.

Por lo demás, el incumplimiento del deber de notificación previa tiene como consecuencia la apertura de una investigación por presunta infracción a las normas de promoción a la competencia, que puede derivar en la imposición de multas a las empresas infractoras⁹⁸¹ y a sus representantes legales⁹⁸². Asimismo, se puede exigir la reversión de la concentración empresarial, cuando la concentración se ejecuta antes del plazo que tiene la SIC para decidir y concluido este plazo, esta autoridad considera que la concentración puede restringir indebidamente la libre competencia⁹⁸³.

⁹⁸⁰ No obstante, en nuestra opinión, en el momento de notificar la concentración a la SIC, las empresas participantes deberán adjuntar la información que pruebe con suficiencia que su cuota de mercado no es superior al 20%.

⁹⁸¹ *Vid.* Artículo 25 de la Ley 1340/09 de julio 24 de 2009 (que modificó el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992). Disponible en www.cntv.org.co.

⁹⁸² En general la multa se puede imponer a cualquier persona que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia. En el caso que nos ocupa, la multa se puede imponer a la persona responsable de la omisión de la notificación, sea el representante legal, los administradores, directores de las empresas, etc. *Vid.* Artículo 26 de la Ley 1340/09 de julio 24 de 2009 (que modifica el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992). Disponible en www.cntv.org.co. Respecto al termino de caducidad para sancionar por el incumplimiento del deber de información, la SIC ha puntualizado que el incumplimiento de esta obligación solo se produce cuando se materializa la concentración. En este momento el empresario habrá incumplido su obligación y, en consecuencia, empezara a “correr el termino de caducidad administrativa”. *Cfr.* Resolución de la SIC 19017 de 4 de julio de 2003, disponible en www.sig.gov.co

⁹⁸³ También se puede ordenar la reversión cuando la operación se ha ejecutado siendo objetada o cuando se incumplen de forma reincidente las condiciones bajo las cuales se autorizó. *Vid.* Artículo 11, 13 de la Ley 1340/09 de julio 24 de 2009. Disponible en www.cntv.org.co

Otra consecuencia adicional del incumplimiento del deber de notificación es que la SIC puede solicitar, por vía judicial, la declaración de nulidad de la concentración. Esta consecuencia es viable, siempre y cuando, la concentración restrinja indebidamente la competencia. En este caso, la solicitud de nulidad se puede sustentar en el artículo 19 de la ley 155 de 1959 que dispone “Los acuerdos, convenios u operaciones prohibidas por esta Ley, son absolutamente nulos por objeto ilícito”, y en el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992 que puntualiza “En los términos de la Ley 155 de 1959 y del presente Decreto, están prohibidas las conductas que afecten la libre competencia en los mercados, las cuales, en los términos del Código Civil, se consideran de objeto ilícito”⁹⁸⁴.

En Colombia, la intervención de la SIC en el control de concentraciones ha experimentado un crecimiento notable, en particular a partir del año 2004, cuando se presentaron a la autoridad de competencia 97 solicitudes de autorización, por contraste con las 61 solicitudes presentadas en el año 2003. Este número de solicitudes se incrementó en los años 2005 y 2006; muestra del dinamismo experimentado por la

⁹⁸⁴ Cfr. Artículo 19, Ley 155 de 24 de diciembre de 1959; artículo 46, Decreto 2153 de 30 de diciembre de 1992, Normas disponibles en www.dmsjuridica.com. MIRANDA y RODRÍGUEZ consideran que la posibilidad de solicitar la declaración de nulidad por el incumplimiento del deber de información previo, solamente se puede predicar de aquellas concentraciones que para la SIC restringen indebidamente la competencia en los mercados pero no para aquellas concentraciones que no limitan indebidamente la competencia. Los autores fundamentan su opinión argumentando que la solicitud de declaración de nulidad de concentraciones que restringen la competencia se ajusta a Derecho porque “jurídicamente el acto de incumplir un deber legal es diferente al de infringir la normativa por realizar una conducta prohibida”; a continuación agregan que “la finalidad de la normativa es impedir la realización de integraciones que puedan tener como efecto una restricción indebida al mercado relevante y no la prohibición general de las concentraciones empresariales” y por último consideran que la SIC “debe aplicar las normas de forma tal que los que los beneficios para la sociedad sean superiores a los efectos negativos de su aplicación”. Cfr. MIRANDA LONDOÑO, Alfonso y GUTIERREZ RODRÍGUEZ, Juan David; “*El Control de las Concentraciones Empresariales en....*”, ob cit, pág. 28, Disponible en http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Juridicas/menu_lat/inv_centro_comp.htm.

economía colombiana en estos años y de la importancia adquirida por estas operaciones en la industria nacional⁹⁸⁵.

En este orden de ideas, debe valorarse positivamente la reforma introducida por la Ley 1340/09 en el sistema de control de concentraciones en Colombia, que actualiza este sistema de control. No obstante, debemos insistir en la necesidad de que la SIC publique - a la mayor brevedad posible- una guía de valoración de las concentraciones empresariales o que, en el desarrollo de la Ley, se puntualicen determinados aspectos que generan incertidumbre.

En efecto, tratándose del régimen de autorización particular, uno de los aspectos de la nueva Ley que sin duda despertará múltiples interrogantes es la exigencia de una cuota de mercado superior al 20%, como requisito para que las empresas participantes en la concentración deban informar de forma previa a la SIC sobre la operación.

⁹⁸⁵En efecto, en el 2005, el número de solicitudes de autorización de concentraciones presentado a la SIC fue 103 y en el 2006, 105. Entre el 2003 y el 2008, esta autoridad resolvió 493 solicitudes de concentración, de las cuales aprobó sin condiciones el 95.7%, aprobó condicionadamente el 2.8% y prohibió el 1.4%. *Vid.* ORGANIZACIÓN DE COOPERACION Y DESARROLLO ECONOMICO (OCDE) y BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO (BID); *"Derecho y Política de la Competencia en Colombia"*, OCDE, Paris, 2009, págs 49, 50. Disponible en www.oecd.org. En relación al considerable número concentraciones informadas en el 2006, la SIC afirmó: "El 2006 se caracterizó por ser un año que, gracias al dinamismo en materia económica y para afrontar la globalización y los tratados de libre comercio impulsados por el gobierno, así como por la confianza en la inversión extranjera que produce nuestro país, generó una dinámica importante de transacciones que conllevaron integraciones jurídico económicas entre las empresas....". *Cfr.* Superintendencia de Industria y Comercio, *"El Control Previo a las Integraciones como Factor de Desarrollo de una Economía de Mercado"*, documento de 25 de enero de 2007, disponible en www.sic.gov.co

La determinación de este umbral sin el conocimiento previo, por parte de empresas y terceros, de los criterios específicos que la SIC tiene presente para determinar la cuota de mercado en procesos de concentración, genera una amplia incertidumbre que puede llevar a que concentraciones que no deben ser notificadas, sean informadas a la SIC y viceversa, lesionándose la eficiencia que debe inspirar todo régimen de control de concentraciones⁹⁸⁶.

4. Criterio de valoración sustantiva.

Como ya hemos indicado anteriormente, la SIC es la autoridad competente para evaluar las concentraciones de empresas que, por su dimensión económica, se encuentran sometidas al régimen de autorización particular.

En cumplimiento de este régimen, las empresas participantes en la concentración deben informar previamente a la SIC sobre la concentración proyectada, para que esta autoridad evalúe la concentración con fundamento en el criterio de valoración sustantiva definido en la legislación: si la concentración puede restringir indebidamente la libre competencia.

En efecto, en Colombia, el Superintendente de Industria y Comercio tiene el deber de objetar una concentración si comprueba que esta operación tiende a producir una indebida restricción a la libre competencia⁹⁸⁷. Para identificar cuando una concentración produce este tipo de restricción, la normativa colombiana establece tres supuestos en los que se puede considerar que la concentración restringe la libre competencia. Estos supuestos son: la existencia de acuerdos restrictivos de la competencia, la posibilidad de

⁹⁸⁶ *Ibid.* pág. 64. Disponible en www.oecd.org

⁹⁸⁷ *Vid.* Artículo 11 de la Ley 1340/09 de julio 24 de 2009, disponible en www.cntv.org.co

fijar precios en perjuicio de los competidores y la consolidación anticompetitiva de una posición de dominio⁹⁸⁸.

Ahora bien, es necesario tener presente que la existencia de cualquiera de los supuestos mencionados anteriormente debe ser debida y suficientemente probada por la SIC en el proceso de evaluación de la concentración. Además, para objetar la concentración, no solo debe verificarse la existencia del supuesto previsto, sino también, que genera –de manera directa- una indebida restricción de la libre competencia⁹⁸⁹.

4.1. La existencia de acuerdos restrictivos de la competencia.

A los efectos de evaluación de la concentración, se considera que existen acuerdos restrictivos de la competencia, cuando la operación ha sido precedida de convenios entre las empresas participantes cuyo propósito es⁹⁹⁰:

- Unificar e imponer los precios a los productores de materias primas o a los consumidores.
- Distribuirse entre sí los mercados o limitar la producción, distribución o prestación de un servicio.

⁹⁸⁸ Vid. Artículo 5, Decreto 1302 de junio 1 de 1964, disponible en www.dmsjuridica.com y artículo 333, Constitución Política de Colombia, disponible en www.web.presidencia.gov.co.

⁹⁸⁹ Vid. VELANDIA, Mauricio; “*Derecho de la Competencia y del...*”, *ob cit*, pág. 216 y 217.

⁹⁹⁰ Vid. Artículo 5, Decreto 1302 de junio 1 de 1964, disponible en www.dmsjuridica.com

En este supuesto estamos en presencia de acuerdos previos a la concentración entre las empresas involucradas, cuya finalidad última es abstenerse de competir mediante estrategias pactadas, como la distribución de mercados, la limitación de la oferta, la fijación de precios de materias primas o insumos, etc, es decir, finalidades propias de pactos colusorios.

La finalidad de este tipo de pactos, es “alterar las condiciones de equilibrio de oferta y demanda del mercado (precio y cantidad) en beneficio de quien las practica”⁹⁹¹ y, en el caso de concentraciones en el sector eléctrico, representan un riesgo común en buena parte de las operaciones, gracias a que este sector ofrece condiciones idóneas para su ejercicio; es decir, pocas empresas, inelasticidad de la demanda, importantes barreras de entrada, homogeneidad de producto, etc⁹⁹².

Así las cosas, la SIC podrá objetar una concentración que esté precedida de cualquier pacto colusorio entre las empresas participantes y que, como consecuencia directa, restrinja indebidamente la libre competencia.

4.2. La consolidación anticompetitiva de una posición de dominio.

Con fundamento en la Constitución Política de Colombia, la SIC ha entendido que otro supuesto mediante el que se considera que una concentración restringe la libre

⁹⁹¹ Cfr. MONTENEGRO GARCIA, Álvaro; “Fundamentos de la Política de Competencia”, en: *Documentos de Economía*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Julio, 2007, pág. 3. Documento disponible en http://www.javeriana.edu.co/fcea/area_economia/inv/documents/Fundamentosdelapoliticadecompetencia_000.pdf

⁹⁹² Vid. PEPALL, Lynne; RICHARDS, Daniel y NORMAN, George; “*Organización Industrial*”, Editorial Thomson, Tercera edición, México D.F., 2006, pág. 379.

competencia, es cuando -como consecuencia de la operación- se consolida anticompetitivamente una posición de dominio⁹⁹³.

Esta posición de dominio debe entenderse como la posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado⁹⁹⁴. Pues bien, según la autoridad de competencia, existe posición de dominio “..cuando un agente económico ostenta el control efectivo o potencial de su mercado relevante y esta posición le brinda la posibilidad de obstaculizar la competencia efectiva o le permite actuar en el mercado con independencia del comportamiento de sus competidores, sus clientes y los consumidores, sin que lo anterior implique necesariamente que exista un único productor o vendedor.”⁹⁹⁵.

Para identificar cuando existe un abuso de la posición de dominio, la legislación colombiana establece algunos comportamientos -o efectos en el mercado- que permiten fijar el abuso de esta posición. A modo de ejemplo, podemos mencionar los siguientes: obstruir o impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización; la disminución de precios por debajo de los costos cuando tengan por objeto eliminar uno varios competidores o prevenir su entrada o expansión; la venta a un

⁹⁹³ El artículo 333 de la Constitución Política establece: “El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y **evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional**”. El resaltado es nuestro. *Cfr.* Artículo 333, Constitución Política, disponible en www.web.presidencia.gov.co.

⁹⁹⁴ *Vid.* Artículo 45, Decreto 2153/92, disponible en www.cntv.org.co

⁹⁹⁵ *Cfr.* Concepto de la SIC 01064306 de 28 de agosto de 2001, disponible en www.sic.gov.co

comprador en condiciones diferentes de las que se ofrecen a otro comprador cuando sea con la intención de disminuir o eliminar la competencia, entre otros⁹⁹⁶.

En relación con la existencia de una posición de dominio y la prohibición de una concentración, VELANDIA considera que “se objeta una concentración cuando la resultante alcanza posición de dominio, por tanto la forma legal de adquirir posición de dominio es a través de la eficiencia, no a través de procesos de concentración, que a la final son acuerdos entre competidores para dejar de competir y unir esfuerzos. Entonces, si esos acuerdos concentran el mercado en un grado que deja a la resultante con posición de dominio, el Estado deberá proceder a objetar dicha operación”⁹⁹⁷.

No podemos compartir el punto de vista del mencionado autor por las siguientes razones: En primer lugar, porque como tuvimos la oportunidad de estudiar en los dos capítulos anteriores, a pesar de que los índices de cuotas de mercado o el IHH, han sido utilizados de forma recurrente para determinar el grado de concentración y el poder de mercado, estos resultados no deben valorarse de forma absoluta (y mucho menos en el sector energético⁹⁹⁸), de manera tal que sean el único indicador que permita concluir que se está en presencia de una concentración con efectos anticompetitivos.

⁹⁹⁶ También constituyen abuso de la posición de dominio los siguientes comportamientos: la aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes, que coloquen a un consumidor o proveedor en situación desventajosa frente a otro consumidor o proveedor de condiciones análogas; los comportamientos que tengan por objeto o tengan como efecto, subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales, que por su naturaleza no constituyan el objeto del negocio; vender o prestar servicios en alguna parte del territorio a un precio diferente al que se ofrece en otra parte del territorio colombiano, cuando la intención o el efecto de la práctica sea disminuir o eliminar la competencia en esa parte del país y el precio no corresponda a la estructura de costos de la transacción. *Vid.* Artículo 50, Decreto 2153/92, disponible en www.cntv.org.co

⁹⁹⁷ *Cfr.* VELANDIA, Mauricio; “*Derecho de la Competencia y del...*”, *ob cit*, pág. 212.

⁹⁹⁸ En este sentido DEL GUAYO, LÓPEZ Y HANCHER recuerdan que “Una de las críticas fundamentales a la utilización del IHH y las cuotas de mercado en el análisis de la competencia en los mercados eléctricos, se refiere al

Insistimos en que en el control de concentraciones, los índices de concentración deben valorarse teniendo en cuenta las características del mercado relevante, en combinación con otros factores como los índices de pivotalidad⁹⁹⁹, los índices de oferta residual, la existencia de barreras de entrada, el proceso de formación de precios, la aplicación de modelos de representación del mercado, etc¹⁰⁰⁰.

En segundo lugar, hay que tener presente que en Colombia -por mandato constitucional- no se castiga *per se* la posición de dominio. En consecuencia, mediante la evaluación de concentraciones, se persigue evitar el abuso que se pueda hacer de una posición de

hecho de que se trata de medidas estáticas, que no tienen en cuenta que las condiciones de dichos mercados son muy variables, y solo se fijan en la estructura de la oferta, ignorando el hecho de que la demanda sea muy inelástica....Para solventar estas carencias, se suele recurrir a otros indicadores, como el “índice del oferente pivote”...., el “índice de oferta residual”,...el “índice de demanda residual”,...los “índices de comportamiento”....”. Además, estos autores destacan que tratándose de evaluación de concentraciones en el sector eléctrico, una herramienta adicional que se ha utilizado son los modelos de representación del mercado. *Cfr.* DEL GUAYO CASTIELLA, Iñigo; LÓPEZ MILLA, Julián y HANCHER, Leigh; “*Competencia y Regulación.....*”, *ob cit*, págs. 45, 46 y 47.

⁹⁹⁹ *Vid Supra*. Apartado 4.3 del Tercer capítulo del presente trabajo.

¹⁰⁰⁰ En este orden de ideas, resulta de utilidad entender el objeto del control de concentraciones, expuesto por la SIC: “El control de concentraciones tiene por objeto impedir, por regla general, que por medio de integraciones empresariales se establezcan empresas con capacidad para ejercer un poder de mercado que les garantice rentas “monopolísticas”. Es económicamente deseable que las empresas colombianas puedan ser líderes en el mercado internacional. Sin embargo, ese fin no debe lograrse a costa de los consumidores colombianos y del desarrollo de nuestra economía, que es lo que sucede cuando se permiten integraciones que conllevan esas posiciones de dominio. Con tal fin, obviamente, es preciso examinar si existen barreras al ingreso de nuevos agentes que compitan y si existen, no obstante la apertura de un mercado, barreras naturales o de mercado que impidan las importaciones. Si ello no es así, es decir, si las importaciones pueden disciplinar a un monopolista, la concentración no será objetada por la autoridad de competencia, pues la finalidad del control, se reitera, es evitar solo aquellas integraciones que restringen indebidamente la competencia”. *Cfr.* Superintendencia de Industria y Comercio, “*El Control Previo a las Integraciones como Factor de....*”, *ob cit*, disponible en www.sic.gov.co

dominio, alcanzada o reforzada a raíz de la operación. Así las cosas, pueden existir concentraciones que una vez evaluadas, presentan altos índices de concentración (sugiriendo la adquisición de una posición de dominio); pero que, a pesar de esta circunstancia, son autorizadas por la SIC¹⁰⁰¹.

Así las cosas, en relación con la posición de dominio, el criterio de la autoridad de competencia en Colombia no es objetar las concentraciones mediante las que se consolida esta posición, sino objetar aquellas concentraciones en las que después del análisis de múltiples factores¹⁰⁰², se puede concluir que existen las condiciones para que se abuse de ella, en perjuicio del mercado, los competidores y/o los consumidores¹⁰⁰³.

¹⁰⁰¹ Como en efecto sucedió en la concentración *Robin Hood/Meals* y que sustenta la opinión de MIRANDA y GUTIERREZ, quienes consideran que “el hecho de que una operación genere una alta concentración no implica que necesariamente deba ser objetada”. En esta Resolución la SIC consideró que la concentración podía ser autorizada de forma condicionada, a pesar de producir un considerable aumento en la concentración del mercado. Para la autoridad de competencia, a pesar del aumento del grado de concentración del mercado, en el mercado relevante no existían barreras de entrada considerables y existían competidores con tamaño y capacidad suficiente para ejercer un contrapeso efectivo a la empresa resultante de la operación. Además, las empresas competidoras, tenían suficiente capacidad de adaptación y respuesta a los posibles comportamientos futuros de la nueva empresa. Por estas razones, la SIC autorizó de forma condicionada la respectiva concentración. En coherencia con este razonamiento, en otro pronunciamiento la SIC puntualizó que: “..la posibilidad de restringir indebidamente la competencia no es una consecuencia necesaria del tamaño de las empresas involucradas o su participación en el mercado..”. Vid. MIRANDA LONDOÑO, Alfonso y GUTIERREZ RODRÍGUEZ, Juan David; “*El Control de las Concentraciones Empresariales en....*”, *ob cit*, pág. 33, 34 y 35, disponible en http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Juridicas/menu_lat/inv_centro_comp.htm. Cfr. Resolución 05487 de la SIC, de 15 de marzo de 2005 y considerando cuarto de la Resolución de la SIC 22195, de 25 de agosto de 2006. Disponibles en www.sic.gov.co

¹⁰⁰² Factores como las barreras de entrada, la elasticidad de la demanda, la competencia potencial, el índice de concentración del mercado, el proceso de formación de precios, las importaciones, los aspectos fiscales, etc.

¹⁰⁰³ Con fundamento en el artículo 333 de la Constitución, la SIC ha puntualizado que “..es importante recordar que de conformidad con la Constitución Política, no está prohibido ostentar posición de dominio dentro del mercado,

Ahora bien, para efectos del control de concentraciones en el sector eléctrico, es muy importante tener presente que en la legislación colombiana existe una definición puntual de posición de dominio tratándose de servicios públicos domiciliarios¹⁰⁰⁴. En efecto, tratándose de este tipo de servicios, posición dominante es "...la que tiene una empresa de servicios públicos respecto a sus usuarios; y la que tiene una empresa, respecto al mercado de sus servicios y de los sustitutos próximos de éste, cuando sirve al 25% o más de los usuarios que conforman el mercado"¹⁰⁰⁵. En este orden de ideas, la SIC, al analizar una concentración en el sector eléctrico, debe tener en cuenta esta disposición junto con las limitaciones a los índices de participación en el mercado y las empresas, que impone la regulación sectorial; aspectos que posteriormente tendremos la oportunidad de exponer en detalle.

4.3. La fijación de precios en perjuicio de los competidores o consumidores.

El Decreto 1302/1964 también determina la fijación de precios, como un supuesto de objeción de una concentración. En este caso, se hace referencia puntual a las situaciones en que, teniendo en cuenta las condiciones de los productos o servicios, la concentración de las empresas que los producen -o distribuyen- puede generar precios inequitativos en perjuicio de los competidores¹⁰⁰⁶.

pero en cambio sí lo está el abuso que se haga de la misma, afectando los derechos de los competidores o de los consumidores...". Cfr. Concepto de la SIC 01064306 de 28 de agosto de 2001, disponible en www.sic.gov.co.

¹⁰⁰⁴ Vid. *Infra*. Apartado 6.1.2. del presente capítulo.

¹⁰⁰⁵ Cfr. Artículo 14.13. de la Ley 142 de 11 de julio de 1994, que establece el régimen general de los servicios públicos domiciliarios. Ley publicada en el DO núm. 41.433 de 11 de julio de 1994. Disponible en www.creg.gov.co

A nuestro modo de ver, este supuesto no puede entenderse exclusivamente en el marco del ejercicio anticompetitivo de una posición de dominio, ya que también puede presentarse entre empresas que, antes y después de la concentración, no tienen una posición de dominio en el mercado.

Además, consideramos que la aplicación de este criterio también debe extenderse a los casos en que la fijación de precios también perjudica a los consumidores¹⁰⁰⁷. Esta opinión se fundamenta en lo dispuesto por el artículo 1 de la Ley 155/1959, que establece: “Quedan prohibidos....., en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos.”.

Con fundamento en la redacción general de la norma anteriormente citada, entendemos que la limitación a la libre competencia y a la equidad de los precios, son situaciones que no solo afectan a los competidores. En efecto, también pueden lesionar los derechos de los consumidores; y, por esta razón, deben objetarse las concentraciones que posibiliten la formación de precios inequitativos en perjuicio directo del consumidor.

4.4. Análisis de eficiencias.

Un aspecto fundamental en el proceso de valoración de las concentraciones de empresas en Colombia, es el papel que juegan las eficiencias generadas por la concentración evaluada.

¹⁰⁰⁶ *Vid.* Artículo 5, Decreto 1302 de junio 1 de 1964, disponible en www.dmsjuridica.com

¹⁰⁰⁷ *Cfr.* Artículo 1, Ley 155/1959, de 22 de enero de 1960, disponible en www.cntv.org.co

En efecto, en los procesos de evaluación de una concentración, la SIC no puede objetar la operación si los interesados demuestran dos circunstancias: la primera, que para los consumidores, los beneficios de la concentración exceden el impacto negativo sobre la competencia. La segunda, que estos beneficios no se pueden alcanzar por otros medios. Esta regla es conocida comúnmente como “excepción de eficiencia”¹⁰⁰⁸.

En este orden de ideas, es necesario tener en cuenta que las dos circunstancias que configuran la excepción de eficiencia, deben probarse dentro del proceso de evaluación de la concentración¹⁰⁰⁹. Además, las empresas participantes en la concentración deben presentar un compromiso en el que expresamente se manifieste que los beneficios de la concentración se trasladarán a los consumidores.

La autorización de una concentración con fundamento en la excepción de eficiencia, se condiciona al cumplimiento de los compromisos presentados por las partes. En

¹⁰⁰⁸ Vid. Artículo 12 de la Ley 1340/09 de julio 24 de 2009, que modificó el artículo 51 del Decreto 2153 de 1992. Normas disponibles en www.cntv.org.co. La excepción de eficiencia consagrada originalmente en el artículo 51 del Decreto 2153 de 1992, modificada por la Ley 1340/09, estaba redactada en los siguientes términos: “El Superintendente de Industria y Comercio no podrá objetar lo casos de fusiones, consolidación, integraciones o adquisición del control de empresas que le sea informado, en los términos del artículo 4 de la Ley 155 de 1959, cuando los interesados demuestren que puede hacer mejoras significativas en eficiencia, de manera que resulte un ahorro de costos que no puedan alcanzarse por otros medios y que se garantice que no resultará en una reducción de la oferta en el mercado”. El alcance de esta disposición había sido aclarada por la doctrina de la SIC en varios conceptos, como el Concepto 03020597 de 26 de mayo de 2003 o el Concepto 02075830 de 8 de octubre de 2002, disponibles en www.sic.gov.co.

¹⁰⁰⁹ La excepción de eficiencia debe ser suficientemente probada por las partes que la invocan. En el artículo 12 de la Ley 1340/2009, se menciona que estas eficiencias se probaran mediante la presentación de estudios basados en metodologías de reconocido valor técnico, pero no detalla los requisitos necesarios de estos estudios. Por su parte, en el párrafo 2 del mismo artículo, se menciona que la SIC puede expedir las instrucciones que especifiquen los elementos que tendrá en cuenta para el análisis y la valoración de los estudios presentados por los interesados. En este sentido, es deseable que en el desarrollo de la Ley se profundice con precisión en este aspecto. *Ibidem*.

consecuencia, la SIC puede exigir el otorgamiento de garantías que respalden la seriedad y el cumplimiento de los compromisos adquiridos.

Llegados a este punto, hay que señalar que, en Colombia, según la valoración de los criterios estudiados en los cuatro anteriores apartados, una operación de concentración puede ser autorizada, objetada o puede ser autorizada con condiciones. Estas condiciones, como sucede en el Ordenamiento jurídico español y comunitario, pueden ser de diversa índole; a saber: cesiones de activos, división de unidades de negocios, garantía de acceso a los competidores a instalaciones logísticas o de producción, transferencia de tecnología, divulgación de información comercial, etc¹⁰¹⁰.

Por otra parte, merece la pena destacar que hasta el momento, en Colombia el poder político se ha mantenido al margen del control de concentraciones. En efecto, a la fecha, el poder de intervención en este tipo de operaciones, se encuentra reservado, a la autoridad nacional de competencia (SIC) que, con fundamento en estrictos criterios técnicos, debe asumir la evaluación de estas operaciones¹⁰¹¹.

¹⁰¹⁰ Vid. ORGANIZACIÓN DE COOPERACION Y DESARROLLO ECONOMICO (OCDE) y BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO (BID); *"Derecho y Política de la Competencia en....."*, ob cit, pág. 30, disponible en www.oecd.org.

¹⁰¹¹ No obstante, resulta preocupante la aplicación que pueda darse al artículo 32 de la Ley 1340 de 2009, que permite la intervención del Estado cuando se presentan situaciones externas o ajenas a los productores nacionales, que afectan -o distorsionan- las condiciones de competencia en determinado mercado nacional. En este supuesto, la intervención del Estado se realiza a través del Ministerio competente del sector económico afectado, mediante la implementación de medidas que compensen -o regulen- las condiciones de los mercados, garantizando la equidad y la competitividad de la producción nacional. Con fundamento en la ambigüedad de esta norma (cuyo ámbito de aplicación debe precisarse en la reglamentación de la normativa de competencia) consideramos que el Gobierno podría intervenir en la evaluación de una concentración empresarial si considera que distorsiona las condiciones de competencia del mercado energético nacional. Así pues, sería el Ministerio de Minas y Energía el encargado de intervenir en el proceso de evaluación, a través de la exigencia de condiciones a la concentración propuesta o, incluso, prohibiéndola directamente. En efecto, después una lectura atenta de la norma citada, consideramos que esta disposición podría legitimar una eventual intervención política en el proceso de evaluación de concentraciones

En este sentido, debe subrayarse la independencia entre el poder político y el sistema de control de concentraciones. A pesar de los avances que aun son necesarios en materia de control de concentraciones (legislativos, institucionales, etc), resulta fundamental disponer de un sistema de evaluación que se fundamenta en el Principio de autoridad única y que se rija, única y exclusivamente, por criterios de Derecho de la Competencia ajenos a valoraciones subjetivas.

En nuestra opinión, un sistema de control de concentraciones independiente de cualquier injerencia política constituye –como en el caso colombiano- un sólido punto de partida para su desarrollo. En efecto, de este modo se garantiza, a todos los agentes de mercado (empresas, consumidores, asociaciones, etc)¹⁰¹², un elemento fundamental en cualquier sistema de control público: la seguridad jurídica.

Pues bien, mediante la reciente reforma del sistema de control de concentraciones colombiano se ha avanzado en el diseño de un sistema de control de concentraciones dotado de una mayor seguridad jurídica. No obstante, es necesario avanzar en su desarrollo -en especial- en materias como publicidad y transparencia.

empresariales en Colombia; situación que a la fecha no ha sucedido, pero que, desafortunadamente, podría defenderse con sustento en esta disposición. Sobre este importante aspecto volveremos posteriormente. *Vid.* Artículo 32 de la Ley 1340 de julio 24 de 2009, disponible en www.cntv.org.co. *Vid. infra.* Apartado 6.3.4. del presente capítulo.

¹⁰¹² En punto a la definición de los sujetos pasivos de las normas de protección de la Competencia en Colombia, hay que tener en cuenta el artículo 2 de la Ley 1340/09 que señala: “...Lo dispuesto en las normas sobre protección de la competencia se aplicará respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica y en relación con las conductas que tengan o puedan tener efectos total o parcialmente en los mercados nacionales, cualquiera sea la actividad o sector económico”. *Cfr.* Artículo 2 de la Ley 1340/09 de julio 24 de 2009, disponible en www.cntv.org.co

En estos dos aspectos, resulta de suma utilidad aprovechar el estado de desarrollo de la normativa española y comunitaria. Como hemos tenido la oportunidad de señalar en este trabajo, en materia de control de concentraciones, estos Ordenamientos jurídicos destacan por la publicidad de sus decisiones y de sus criterios de evaluación. Además, facilitan el conocimiento y acceso a la materia gracias a su normativa consolidada y, en el caso del Ordenamiento comunitario, a las Directrices y Comunicaciones publicadas por la Comisión¹⁰¹³.

Confiamos pues, que el legislador colombiano y la SIC atiendan la demanda de la doctrina y de los agentes del mercado y, en el desarrollo de la Ley, se apoyen en los aspectos positivos de la normativa internacional, como los anteriormente mencionados.

5. Procedimiento de evaluación.

El procedimiento de evaluación de concentraciones en Colombia puede dividirse en dos fases, dependiendo de la gravedad de los riesgos sustanciales para la competencia que se deriven de la concentración. Así las cosas, en el caso de que la operación informada no

¹⁰¹³ En este sentido, destacamos las recomendaciones de la OCDE y el BID, que se han referido a los aspectos a mejorar en el sistema colombiano de control de concentraciones, en los siguientes términos: "...restaría introducir una normativa clara respecto del control de integraciones verticales y conglomerados.... y realizar un ordenamiento de la normativa y documentos instructivos que permitan su comprensión por parte del público en general. A este respecto, la SIC realiza un gran esfuerzo para aportar directrices sobre la forma de aplicar la ley en casos individuales, mediante la emisión de "conceptos" o recomendaciones. Sin embargo, estas recomendaciones son específicas para cada caso. La SIC debería también emitir directrices sobre fusiones, explicando su metodología analítica, como ya han hecho muchos otros países. Además, la SIC debería publicar las versiones no confidenciales de los informes, justificando todas sus decisiones (objeciones, condiciones y autorizaciones), necesarias para que las empresas comprendan los criterios de aplicación y reduzcan sus costes de adecuación. Esto último sería posible a partir de la adecuada reglamentación de la nueva ley 1340/09". *Cfr.* ORGANIZACIÓN DE COOPERACION Y DESARROLLO ECONOMICO (OCDE) y BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO (BID); *"Derecho y Política de la Competencia en....."*, ob cit, pág. 63-64, disponible en www.oecd.org.

genere mayores riesgos para la libre competencia, su control finalizará en la primera fase. En caso contrario, se dará inicio a una segunda fase en el proceso de evaluación. A continuación expondremos las principales características de este procedimiento.

5.1. Primera fase de evaluación.

Las empresas que, según los criterios expuestos en el apartado 3 del presente capítulo, deban informar a la SIC sobre la concentración proyectada, deberán presentar ante esta autoridad una solicitud de pre-evaluación, que debe ir acompañada de un informe en el que manifiesten su intención de ejecutar la concentración y expongan sus principales características.

En este sentido, las empresas deben señalar la forma jurídica de la operación de concentración, explicando su procedimiento de ejecución e indicando todos los sujetos participantes en la misma¹⁰¹⁴.

Dentro de los tres días siguientes a la presentación de la solicitud de pre-evaluación, si la SIC confirma que se trata de una concentración que debe ser informada, esta autoridad ordenará la publicación de un anuncio en un diario de amplia circulación. En este anuncio, la SIC requerirá a las empresas participantes para que dentro de los diez días siguientes a la publicación del anuncio, presenten toda la información que -según esta

¹⁰¹⁴ Para este fin, es necesario que las empresas presenten una copia de los documentos de análisis y valoración del negocio -o proyecto de inversión- que fueron tenidos en cuenta para decidir la ejecución de la operación. Además, deben presentar ante la SIC copias completas de las actas en que consten las condiciones de la operación proyectada, así como la autorización de las respectivas asambleas, juntas de socios y/o las juntas directivas. *Vid.* Artículo 2.2.1. Circular Única de la SIC del año 2001, disponible en www.sic.gov.co

autoridad- pueda aportar elementos de utilidad para el análisis de la operación proyectada¹⁰¹⁵.

En fin, dentro de los treinta días siguientes a la presentación de la solicitud de pre-evaluación, la SIC debe decidir si continua con el procedimiento de evaluación (segunda fase del procedimiento) o si aprueba su ejecución, puesto que considera que no se derivan riesgos sustanciales para la competencia¹⁰¹⁶.

5.2. Segunda fase de evaluación.

Si la autoridad de competencia decide continuar con el proceso de evaluación, debe comunicar esta circunstancia a las comisiones de regulación y a las autoridades de control y vigilancia competentes, según el sector o sectores económicos involucrados en la operación. En el caso del sector eléctrico, la SIC debe informar sobre la concentración a la Comisión de Regulación de Energía Eléctrica y de Gas (-CREG- agencia de regulación) y a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (-SSPD- autoridad de inspección, vigilancia y control)¹⁰¹⁷.

Dentro de los diez días siguientes a la recepción de la comunicación de la SIC, estas autoridades, de oficio o a solicitud de la autoridad de competencia, emitirán un concepto

¹⁰¹⁵ La autoridad de competencia puede no ordenar la publicación del anuncio cuando disponga de elementos de juicio suficientes, para establecer que no existe obligación de informar la operación. Tampoco ordenará esta publicación, cuando los participantes en la operación -por razones de orden público- soliciten que el proyecto de concentración se mantenga bajo reserva y ésta solicitud sea aceptada. *Vid.* Artículo 10.2 de la Ley 1340/09 de julio 24 de 2009, disponible en www.cntv.org.co

¹⁰¹⁶ *Vid.* Artículo 10.3 de la Ley 1340/09 de julio 24 de 2009, disponible en www.cntv.org.co

¹⁰¹⁷ *Vid.* Artículo 8 y 10.4 de la Ley 1340/09 de julio 24 de 2009, disponible en www.cntv.org.co

técnico en relación con la concentración evaluada¹⁰¹⁸. Estos conceptos no son vinculantes para la SIC, sin embargo, si esta última se aparta del criterio de estos conceptos, debe manifestar expresamente -en las consideraciones de su decisión- los motivos jurídicos o económicos que justifican tal decisión.

Es importante recordar que, gracias a la Ley 1340/09, actualmente la SIC es la autoridad competente para evaluar una concentración en el sector eléctrico y en cualquier sector considerado servicio público domiciliario. Esta regla general de competencia es aplicable siempre y cuando ninguna de las empresas participantes en la concentración sea una empresa sometida a la vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia. De no ser así, la autoridad competente será la Superintendencia Financiera gracias a la reserva legal estipulada en el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009¹⁰¹⁹.

Ahora bien, la decisión de continuar con la evaluación de la concentración, también debe ser comunicada a las empresas participantes. Una vez recibida esta decisión, dentro de los

¹⁰¹⁸ Facultad consagrada sin perjuicio de la posibilidad que tienen estas autoridades de intervenir en cualquier momento del proceso de evaluación, de oficio o a solicitud de la SIC. *Vid.* Artículo 8 de la Ley 1340/09 de julio 24 de 2009, disponible en www.cntv.org.co

¹⁰¹⁹ Un caso de intervención de la Superintendencia Financiera de Colombia en los procesos de concentración en el sector eléctrico lo encontramos en las operaciones ejecutadas por el Grupo Colinversiones. *Vid. infra.* Apartado 6.2.2. del presente capítulo. Ahora bien, es necesario destacar que la competencia decisoria en materia de control de concentraciones en el sector eléctrico -y en general, en los demás servicios públicos domiciliarios- era una problemática de intensa discusión antes de la Ley 1340/09. En efecto, aunque sobre este tema volveremos en detalle posteriormente, la SIC, mediante un concepto del año 2006, insistía en su competencia para abordar el control de concentraciones, en contra de la posición de la SSPD, que consideraba a la CREG como la autoridad competente por ser la comisión de regulación del sector. Asimismo, en 1999, la misma SSPD, emitió un concepto en el que atribuía el control de concentraciones a la Superintendencia de Sociedades (SS), con fundamento en las competencias residuales asignadas por la Ley a esta Superintendencia. *Vid. infra.* Apartado 6.3.1. del presente capítulo. *Vid.* Concepto de la SIC 06039751 de 2006, disponible en www.sic.gov.co; Concepto de la SSPD 506 de 2004 y Concepto de la SSPD 356 de 1999, disponibles en www.superservicios.gov.co

quince días siguientes, las empresas deben presentar ante la SIC la totalidad de la información requerida en la Circular Única emitida por esta autoridad. En particular, la información que debe ser presentada por las empresas es la siguiente¹⁰²⁰: las empresas intervinientes; el mercado de producto; el mercado geográfico; los competidores de las empresas participantes en la concentración; las condiciones de entrada al mercado; los clientes; las materias primas e insumos; los distribuidores; los comercializadores; las importaciones y exportaciones del producto o servicio.

En el momento de presentación de esta información, las empresas participantes pueden proponer compromisos para neutralizar los posibles efectos anticompetitivos de la operación. Además, podrán conocer la información aportada por terceros, como, por ejemplo la autoridad regulatoria, para formular sus respectivas alegaciones. Por lo demás, las empresas pueden ser requeridas por la autoridad de competencia para que complementen, aclaren o expliquen cualquier aspecto de la información presentada¹⁰²¹.

Para concluir, debemos reseñar que, si transcurridos tres meses desde el momento en que las empresas han presentado la totalidad de la información solicitada, la SIC no ha objetado la concentración o no la ha aprobado de forma condicionada, debe entenderse que ésta ha sido autorizada¹⁰²².

6. El sector eléctrico colombiano y operaciones de concentración empresarial.

6.1. Evolución del sector eléctrico en Colombia.

¹⁰²⁰ Vid. Artículo 10.4. de la Ley 1340/09 de julio 24 de 2009, disponible en www.cntv.org.co y artículos 2.2.2 al 2.2.11 de la Circular Única de la SIC del 2001, disponible en www.sic.gov.co

¹⁰²¹ *Ibidem*.

¹⁰²² Vid. Artículo 10.5. de la Ley 1340/09 de julio 24 de 2009, disponible en www.cntv.org.co

El desarrollo reciente del sector eléctrico colombiano puede dividirse en dos periodos claramente diferenciados. El primer periodo, desde 1950 hasta 1990, se caracteriza por una intensa intervención y participación pública en el sector. Durante esta etapa, la regla general era la presencia simultánea del Estado como empresario y autoridad; situación que llevó al sector a una profunda crisis económica e institucional.

El segundo periodo, caracterizado por la organización del sector alrededor de una estructura de mercado, libre competencia e impulso de la iniciativa privada, tiene sus orígenes en 1991 (año de promulgación de la Constitución Política de Colombia) y se consolida en 1994, mediante la promulgación de las Leyes 142 y 143¹⁰²³. Estas leyes impulsaron el proceso de liberalización de los servicios de telecomunicaciones, energía eléctrica, gas, saneamiento básico, etc. A continuación nos detendremos en el estudio del sector eléctrico colombiano durante cada uno de estos periodos.

6.1.1. El periodo previo al proceso de liberalización (1950-1990).

A finales de la primera mitad del siglo pasado, el desarrollo del sector eléctrico colombiano giraba alrededor de empresas regionales o locales que atendían, en régimen de monopolio, la demanda de una zona geográfica determinada. Estas empresas regionales habían sido creadas por inversionistas privados, como respuesta a la ausencia de una intervención directa del sector público en el sector. De esta manera, cada empresa local operaba bajo un modelo de integración vertical, cumpliendo, de forma simultánea el papel de generador, distribuidor y comercializador de electricidad.

¹⁰²³ *Vid.* Ley 142 de 11 de julio de 1994, que establece el régimen general de los servicios públicos domiciliarios. Ley publicada en el DO núm. 41.433 de 11 de julio de 1994; Ley 143 de 11 de julio de 1994, que establece el régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución, comercialización de electricidad en el territorio nacional. Ley publicada en el DO núm. 41.434, de 12 de julio de 1994. Normas disponibles en www.cntv.org.co

No obstante, el desinterés del Estado por la actividad eléctrica dejaría de ser una constante a partir de 1946, cuando se promulga la Ley 80/1946, que creó el Instituto de Aguas y Fomento Eléctrico (Electroaguas). Una de las principales tareas de este Instituto era favorecer la creación de empresas públicas de electricidad, a nivel departamental, sin excluir la participación de los municipios y de inversionistas privados¹⁰²⁴.

En la misma línea de actuación, en 1963 se creó un Comité de Interconexión, cuya tarea era coordinar los estudios que fijaban las condiciones necesarias para ejecutar en el país los trabajos de interconexión eléctrica. Una de las principales dificultades que tuvo que afrontar este Comité, fue la armonización de los intereses regionales y locales con los intereses del Gobierno central. Esta problemática obedecía a que el desarrollo del sector era el resultado del esfuerzo individual de cada región que –naturalmente– buscaba favorecer sus intereses en el proceso de ordenación del sector, impulsado por el Gobierno central¹⁰²⁵.

A pesar de esta problemática, en 1966 las principales empresas locales de electricidad y el Gobierno Nacional firmaron un convenio, denominado “Interconexión de los Sistemas Eléctricos y Ensanches de la Capacidad Generadora”. A través de este convenio, se creó ISA (Sociedad de Interconexión Eléctrica S.A.), que se encargaría de construir y operar

¹⁰²⁴ Vid. WIESNER D, Eduardo. “*Política Energética y Estructura Institucional en Colombia*”, Comisión Nacional de Energía, octubre, 1992, Bogotá, pág. 33. Según el Instituto de Planificación y Promoción de Soluciones Energéticas para las Zonas No Interconectadas (IPSE), Electroaguas “...promovió la constitución de instituciones departamentales de energía eléctrica, que sirvieron para integrar los recursos del Estado, a fin de atender el desarrollo eléctrico nacional y regional, mediante empresas electrificadoras como: Antioquia, Atlántico, Bolívar, Boyacá, Cauca, Cesar.....”. Esta empresa fue reestructurada en 1968 –mediante el Decreto Ley 3175 de este año– transformándose en el Instituto Colombiano de Energía Eléctrica (ICEL). Cfr. Pagina web del IPSE, disponible en www.ipse.gov.co. Vid. Decreto Ley 3175 del 26 de diciembre de 1968, publicado en el DO 32.698 de 26 de diciembre de 1968, disponible en www.imprenta.gov.co

¹⁰²⁵ Vid. WIESNER D, Eduardo. “*Política Energética y Estructura Institucional en....*”, *ob cit*, pág. 33

las líneas de interconexión y las nuevas centrales de generación de electricidad. Esta empresa, que en la actualidad sigue siendo la responsable del transporte de electricidad en Colombia, estaba integrada por las principales empresas de electricidad del país (Empresa de Energía de Bogotá -EEEB-, Empresas Públicas de Medellín -EPM- y la Corporación Autónoma Regional del Valle de Cauca -CVC-) y por Electroaguas¹⁰²⁶.

La intervención del Gobierno de la Nación en el sector generaba constantes conflictos con los demás agentes del sector, en particular, con las cuatro principales empresas de electricidad. Una consecuencia de esta situación era que cada empresa decidía unilateralmente sus inversiones y sus decisiones se motivaban, en muchos casos, por criterios políticos ajenos a valoraciones económicas y/o de eficiencia. Además, también era común encontrar deficiencias en la gestión económica de estas empresas¹⁰²⁷.

La ausencia de rigor en la gestión económica del sector eléctrico también afectaría a su estructura institucional. En efecto, durante la década de los 70, las principales empresas de electricidad, comenzaron a retrasarse en sus pagos a ISA. En efecto, la estructura

¹⁰²⁶ ISA también era responsable de interconectar los sistemas eléctricos de sus empresas accionistas, programar y construir las futuras plantas de generación, controlar el despacho diario, etc. *Ibid.* pág. 45.

¹⁰²⁷ Es necesario tener presente que además de la EEEB, EEPM y la CVC, en 1967 se crea la Corporación Eléctrica de la Costa (CORELCA), con la finalidad de atender las necesidades de electricidad de la costa atlántica de Colombia. Esta empresa era la encargada de construir y operar las plantas de generación y las líneas de interconexión en esta región. Ahora bien, uno de los principales problemas derivados de la falta de entendimiento entre los agentes del sector y el Gobierno, era que -en la práctica- las empresas privilegiaban la inversión en nuevos proyectos de generación sacrificando el desarrollo de la distribución de electricidad y el mantenimiento de las generadoras ya existentes. Esta tendencia tendría unas consecuencias devastadoras para el sector en 1992, cuando tuvo lugar el programa de racionamiento eléctrico. *Vid.* FAIMBOIM YAKER, Israel y RODRIGUEZ RESTREPO, Carlos Jorge; "El Desarrollo de la Infraestructura en Colombia en la Década de los Noventa", Parte I; Serie Reformas Económicas núm. 51, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Chile, marzo, 2000, pág. 44.

publica del sector y la conformación de ISA generaban “...incentivos a no pagar por las compras y consumo de energía: las entidades oficiales no le pagaban las cuentas de energía a las distribuidoras, estas a su vez no le pagaban a las generadoras y los socios de ISA no le pagaban a ISA”¹⁰²⁸.

Ahora bien, a finales de la década de los 70 y durante la década de los 80, gran parte de las acciones del Gobierno Nacional en el sector, se dirigieron a solucionar la crisis financiera que padecía el sector y a obtener recursos para afrontar las inversiones necesarias. En este orden de ideas, durante estas dos décadas, las inversiones en el sector ascendieron a más de 9.000 millones de dólares, recursos que, en su mayoría, los obtuvo el Gobierno Nacional mediante crédito exterior¹⁰²⁹.

¹⁰²⁸ Cfr. *Ibidem*.

¹⁰²⁹ De acuerdo con FAIMBOM y RODRIGUEZ, entre 1970 y 1987, el Gobierno colombiano obtuvo préstamos de la banca multilateral por un valor aproximado de 3.800 millones de dólares. Además, durante este periodo, la deuda del sector eléctrico llegó a representar cerca del 30% de la deuda externa del país. En efecto, a medida que la demanda crecía y, en consecuencia, era necesaria la inversión pública, el Gobierno recurría al gasto, aumentando su nivel de endeudamiento. No obstante este esfuerzo, la cobertura y la calidad del servicio eran reducidas y, además, los precios eran altos para ciertos sectores de la población debido a que la calidad del servicio, la eficiencia y la confiabilidad no eran objetivos prioritarios de las empresas. Ahora bien, la crisis económica del sector tocó fondo a partir de la segunda mitad de la década de los 80, como consecuencia de la desaceleración económica que disminuyó el crecimiento de la demanda de energía; debido al endurecimiento de las condiciones de los créditos externos y por la devaluación de la moneda. Vid. FAIMBOIM YAKER, Israel y RODRIGUEZ RESTREPO, Carlos Jorge; “*El Desarrollo de la Infraestructura en Colombia en.....*”, *ob cit*, pág. 44 y SANTA MARÍA, Mauricio; VON DER FEHR, Nils-Henrik; MILLAN, Jaime; BENAVIDES, Juan y otros; “*El Mercado de la Energía Eléctrica en Colombia: Características, Evolución e Impacto sobre otros Sectores*”, FEDESARROLLO, Cuadernos de FEDESARROLLO Núm. 30, octubre, Bogotá, 2009, pág. 6, disponible en www.acolgen.org.co

A pesar de los esfuerzos del Gobierno¹⁰³⁰, el sector eléctrico colapsó en 1992; año en el que el país tuvo que someterse a un riguroso programa de racionamiento de electricidad, como consecuencia del fenómeno climático del “niño”, que afectó dramáticamente los niveles de los embalses de las generadoras hidroeléctricas¹⁰³¹. En realidad, este fenómeno climatológico puso en evidencia la deficiente estructura del parque de generación del sector eléctrico colombiano, que se sustentaba -en exceso- en la generación hidroeléctrica. Además, la estructura del parque de generación se veía afectada por los retrasos y sobrecostos de importantes proyectos de generación en construcción, como sucedía con el mega-proyecto Guavio¹⁰³². Por su parte, las centrales térmicas no pudieron

¹⁰³⁰ Los intentos de refinanciación de la deuda externa se respaldaban con un programa de ajuste del sector eléctrico que integraba medidas como la creación de la Comisión Nacional de Energía, la elaboración de una planeación energética integral, la protección del medio ambiente, la modificación del sistema tarifario, etc. Medidas que durante este periodo no tuvieron mayor eficacia y que, incluso, algunas de ellas no llegaron a ejecutarse completamente. *Vid.* WIESNER D, Eduardo. “*Política Energética y Estructura Institucional en....*”, *ob cit*, págs. 41, 42, 43.

¹⁰³¹ El programa de racionamiento de electricidad en Colombia tuvo una duración de 13 meses, desde el 2 de marzo de 1992 hasta el 1° de abril de 1993. Se estima que la demanda de electricidad no atendida durante este periodo representó el 14% del total nacional, se dejaron de suministrar 5183 GWh y, su impacto en la economía nacional, equivalía a más de 35 millones de dólares semanales en pérdidas. Esta medida se tomó en el marco de la declaratoria del Estado de Emergencia Económica y Social, adoptado por el Gobierno mediante el Decreto 680 de 23 de abril de 1992, publicado en el DO núm. 40.430, de 23 de abril de 1992, disponible en www.secretariasenado.gov.co. *Vid.* OCHOA FRANCISCO; “*¿Expansión Cíclica con Contratos PPA?*”, presentación expuesta en el Taller sobre el Sector Eléctrico, preparado para la Contraloría General de la República, Bogotá, Mayo 6, 2003, diapositiva 8. Presentación disponible en www.acolgen.org.co

¹⁰³² En el proceso de revisión de constitucionalidad del Decreto 680/92, se presentó un diagnóstico integral de las circunstancias que motivaron el racionamiento eléctrico y de la situación real del sector en aquel momento. En este sentido, en la sentencia final se presentaron las siguientes conclusiones: “La crisis se precipita por un evento hidrológico extremo: el peor verano en treinta y cuatro años. Este imponderable llega en un momento de vulnerabilidad coyuntural y estructural del sector. En lo inmediato, el factor amplificante de la hidrología es la inoperatividad del parque termoeléctrico, fruto de hechos de terceros como lo fueron el sabotaje y el terrorismo ejercido por la guerrilla. Pero el desarreglo del componente térmico del sector eléctrico se debió principalmente a una operación improvidente del sistema, que al utilizar un bajo costo de racionamiento favorecía el uso de la fuerza hidroeléctrica en lugar de la energía térmica. A la fuerza mayor constituida por los actos dolosos de terceros, y a la

ofrecer al sistema eléctrico el respaldo en la generación que se necesitaba ya que, gracias a su ineficiente gestión, no contaban con el mantenimiento adecuado¹⁰³³.

Estas circunstancias demostraban el agotamiento del modelo de prestación del servicio basado en la (ineficiente) intervención pública¹⁰³⁴; y, en consecuencia, motivaron al

equivocada operación, se sumaron defectos incubados en el pasado, provenientes de una situación crónica de insolvencia que obligó a las empresas del sistema eléctrico nacional a destinar sus respectivos presupuestos al pago de la deuda externa, en lugar de utilizarlos para la reparación, acrecentamiento y provisión de las térmicas....éstas son algunas de las ramificaciones de la llamada crisis financiera del sector, que sigue gravitando sobre el mismo. La estructura es débil porque depende en un 78% de la generación hidráulica, más propensa a imponderables y a fuerzas externas como las variaciones climáticas. Esta tendencia hacia lo hidráulico le ha traído al sector fragilidades adicionales: megaproyectos susceptibles de sobrecostos y atrasos y una preferencia por invertir en construcción antes que en mantenimiento: el sector eléctrico como fuente de obras y contratos. También es vulnerable la estructura por la peculiar conformación del sistema interconectado y la manera en que se toman las decisiones..... ISA no tiene la dirección del sistema, que por lo tanto carece de mando. En sus Comités de Operación y Planeamiento y en su Junta Directiva se enfrentan y ajustan los intereses de las empresas socias, que a la vez son clientes y competidoras de ISA y que ahora deben compartir ese poder decisorio con los representantes del Ministro de Hacienda y del Ministro de Minas y Energía, reguladores en teoría de todo el sector. Por esto los expertos han encontrado falta de objetividad y de transparencia en tales decisiones. Allí, el interés comercial de las empresas ha prevalecido sobre el interés general de la nación y el interés difuso de los consumidores...". Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional C-447/92, de 9 de julio de 1992, pág. 72, 73, disponible en www.corteconstitucional.gov.co

¹⁰³³ Vid. OCHOA FRANCISCO; "*¿Expansión Cíclica con....*", *ob cit*, diapositiva 5, disponible en www.acolgen.org.co

¹⁰³⁴ En efecto, de acuerdo a la evaluación de la Corte Constitucional el sistema eléctrico colombiano estaba "...aquejado por dos tendencias que actúan a manera de lastre: el primero es un crecimiento excesivo de su apalancamiento financiero, de su burocracia y de los proyectos que emprende, todo lo cual evidencia una tendencia a la saturación y al crecimiento inercial. En el otro extremo se encuentra una tendencia a minimizar aspectos esenciales como son el de una administración eficiente, el de una vigilancia estatal apropiada y el de estándares de operación y comportamiento más amplios que los propósitos comerciales de cada una de las empresas". Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional C-447/92, de 9 de julio de 1992, pág. 74, disponible en www.corteconstitucional.gov.co

Gobierno a tomar medidas dirigidas a reestructurar el sector y el modelo de prestación de servicio. Medidas que encontrarían su fundamento en la Constitución Política de 1991¹⁰³⁵.

6.1.2. El periodo posterior a la Constitución Política de 1991.

El programa de racionamiento de electricidad que sufrió Colombia entre marzo de 1992 y abril de 1993, fue una de las consecuencias más severas de un modelo –ineficiente- de prestación del servicio, que desde todo punto de vista (económico, jurídico e institucional) debía ser reformado.

El punto de partida para abordar esta reforma fue fijado por la Constitución Política de 1991, que estableció determinados principios que abrían la puerta a un modelo de prestación de los servicios públicos totalmente distinto al que funcionaba hasta aquel momento. Este modelo, adoptado también por otros países de la región¹⁰³⁶, presenta las siguientes características¹⁰³⁷:

¹⁰³⁵ Coincidimos con SANTA MARÍA, VON DER FEHR, MILLAN y otros, cuando sostienen que “Los orígenes de la reforma colombiana no pueden atribuirse en forma simplista al racionamiento que tuvo lugar en 1992.....sino a la decisión del Gobierno de aprovechar una ocasión particularmente favorable que podría tardar mucho tiempo en volver a presentarse. El agotamiento del modelo, la aceptación de un nuevo paradigma de desarrollo en el ámbito internacional que favorecía la competencia y, por tanto, la participación privada como principal motor de los aumentos en calidad y mejoras en los precios, la puesta en marcha de políticas de “apertura”, la aceptación de una mayor injerencia del mercado en la economía y la promulgación de una nueva Constitución que le abría las puertas a esos elementos, coincidieron con el consenso de los agentes del sector y la banca multilateral sobre la inviabilidad del antiguo modelo colombiano...”. Cfr. SANTA MARÍA, Mauricio; VON DER FEHR, Nils-Henrik; MILLAN, Jaime; BENAVIDES, Juan y otros; “*El Mercado de la Energía Eléctrica en Colombia....*”, *ob cit*, pág. 7, 8, disponible en www.acolgen.org.co

¹⁰³⁶ *Vid. Supra*. Apartado 4.1. del primer capítulo de este trabajo.

¹⁰³⁷ *Vid.* Artículo 365 de la Constitución Política, disponible en www.cntv.org.co y Sentencia de la Corte Constitucional T-578/92, de 3 de noviembre de 1992, disponible en www.corteconstitucional.gov.co

- Connotación eminentemente social, en tanto que pretende el bienestar y mejoramiento de la calidad de vida de las personas. Por esta razón, su prestación debe ser eficiente¹⁰³⁸.
- Las tarifas deben responder al criterio de costos, solidaridad y redistribución de los ingresos¹⁰³⁹. Además, es posible conceder subsidios para las personas de menores ingresos.
- La prestación de los servicios públicos puede realizarse por el Estado, también por los particulares y por comunidades organizadas. A estos efectos, se introduce la competencia en aquellas actividades donde es posible¹⁰⁴⁰.

¹⁰³⁸ En punto al criterio de eficiencia en los servicios públicos, la Corte Constitucional ha señalado que: “..teniendo en cuenta que la prestación del servicio ha de ser eficiente y que debe respetar los principios de solidaridad y universalidad, las empresas que proporcionan el bien o servicio no pueden trabajar a pérdida, es decir, deben recuperar los costos en que incurran y asegurarse de obtener recursos para poder invertir en el mismo sector con el fin de tener unos mínimos beneficios que se traduzcan en mayor competitividad y mejores beneficios para los usuarios. De esa manera los costos fijos a los que alude la norma demandada, es decir los que reflejan los costos económicos involucrados en garantizar la disponibilidad permanente del servicio para el usuario, independiente del nivel de uso, hacen que el prestador del servicio reciba cierto dinero con el cual, dentro de la libre competencia, se logre que la empresa sea viable y garantice la disponibilidad permanente del servicio y su prestación de manera eficiente”. *Cfr.* Sentencia de la Corte Constitucional C-041/03, de 28 de enero de 2003. Disponible en www.corteconstitucional.gov.co

¹⁰³⁹ El artículo 367 de la Constitución dispone: “La ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos”. El alcance de esta disposición ha sido aclarado por la Corte Constitucional al señalar que “..se prevé la posibilidad de que la Nación, los departamentos, los distritos, los municipios y las entidades descentralizadas concedan subsidios en sus respectivos presupuestos, con el propósito de que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios”. *Cfr.* Sentencia de la Corte Constitucional C-041/03, de 28 de enero de 2003, disponible en www.corteconstitucional.gov.co y artículo 367, Constitución Política, disponible en www.cntv.org.co

- Sometimiento al régimen jurídico establecido por la ley.
- Reserva al Estado de las funciones de regulación, vigilancia y control¹⁰⁴¹.

Sobre la base de este marco conceptual -y aprovechando la declaratoria del Estado de Emergencia Económica y Social- el Gobierno promulgó, entre 1992 y 1994, una serie de medidas tendentes a resolver la crisis del sector eléctrico, impedir la extensión del racionamiento e iniciar el proceso de restructuración del sector¹⁰⁴².

¹⁰⁴⁰ Vid. Sentencia de la Corte Constitucional C-616/01, de 13 de junio de 2001. Disponible en www.corteconstitucional.gov.co.

¹⁰⁴¹ Sobre el papel del Estado en materia de vigilancia de los servicios públicos y su prestación por los particulares, la Corte Constitucional se ha pronunciado, afirmando: “Para la prestación de los servicios públicos, se permite la concurrencia tanto de particulares como del Estado, reservándose éste, de todas maneras, la regulación, el control y la vigilancia de dicha actividad. Lo anterior, dado que según el artículo 334 Superior, la dirección general de la economía estará a cargo del Estado quien intervendrá, por mandato de la ley, en las áreas allí determinadas, entre ellas la relativa a los servicios públicos. Participación de los particulares en la prestación de los servicios públicos, que además está en consonancia con lo dispuesto en el artículo 333 de la Constitución que garantiza el libre ejercicio de la actividad económica y de la iniciativa privada dentro de los límites del bien común, asegurando la libre competencia económica como derecho de todos que supone responsabilidades. Por tal razón, la Constitución prevé que el Estado, por mandato de la ley, impida que se restrinja u obstruya la libertad económica y evite o controle cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional, correspondiéndole a la ley delimitar el alcance de dicha libertad económica cuando lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”. Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional C-389/92 de 22 de mayo de 2002.

¹⁰⁴² En el proceso de revisión de constitucionalidad del Decreto 680/92, el Ministro de Minas y Energía declaró ante la Corte Constitucional que “...por ...el altísimo costo social y económico de un racionamiento, el gobierno está tomando diversas medidas, gran parte de las cuales están bosquejadas en el decreto 700 del presente año, a fin de conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos..”. Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional C-447/92, de 9 de julio de 1992, pág. 47, disponible en www.corteconstitucional.gov.co

En este sentido, mediante el decreto 700 de 1992 se flexibilizaron las condiciones para la celebración de contratos, se otorgaron créditos a distintos agentes del sector y la Nación asumió obligaciones a cargo de empresas eléctricas regionales y municipales, a cambio de activos productivos, acciones o aportes sociales de estas entidades¹⁰⁴³. Asimismo, mediante el Decreto 2120 de 1992, se modificó la naturaleza jurídica y las funciones del Instituto Colombiano de Energía Eléctrica (ICEL). De esta forma, el ICEL se transformó en una empresa industrial y comercial del Estado y se eliminó su función de intermediario en las ventas de electricidad a las empresas regionales¹⁰⁴⁴.

Ulteriormente, en 1994 se promulgó la Ley 142, que establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios (SPD)¹⁰⁴⁵, y la Ley 143, que regula el servicio de energía eléctrica.

¹⁰⁴³ Vid. Decreto 700 de 24 de abril de 1992, publicado en el DO 40.431, del 24 de abril de 1992, disponible en www.presidencia.gov.co

¹⁰⁴⁴ Vid. FAIMBOIM YAKER, Israel y RODRIGUEZ RESTREPO, Carlos Jorge; *“El Desarrollo de la Infraestructura en Colombia en.....”*, ob cit, pág. 52 y 53. Estos autores puntualizan que las operaciones de conversión de deuda por acciones y activos ascendieron -entre 1992 y 1993- a 1.000 millones de dólares aproximadamente. De esta forma, la Nación llegó a ser propietaria del 76.89% de empresas como ISA, ISAGEN, CORELCA, EPSA, Termotasajero, Termocartagena, etc. Además, se convirtió en socio mayoritario de gran parte de las empresas de electricidad localizadas en el centro, oriente y sur del país.

¹⁰⁴⁵ La Ley 142 de 1994, clasifica como servicios públicos domiciliarios (SPD) la distribución de gas combustible, acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, telefonía fija pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural. La Corte Constitucional entiende que son SPD “aquellos que se prestan a través del sistema de redes físicas o humanas con puntos terminales en las viviendas o sitios de trabajo de los usuarios y cumplen la finalidad específica de satisfacer las necesidades esenciales de las personas. Se caracterizan por tener un punto terminal definido, que son las viviendas o los sitios de trabajo de los usuarios, entendiendo por usuario la persona que usa ciertos servicios, es decir quien disfruta el uso de cierta cosa”. Cfr. Sentencia T-578/92, de 3 de noviembre de 1992, disponible en www.corteconstitucional.gov.co. Vid. Artículo 1 y art. 14.21, Ley 142 de 1994, disponible en www.cntv.org.co.

Con fundamento en estas normas, las nuevas características del sector eléctrico colombiano son¹⁰⁴⁶:

- Funcionamiento bajo un modelo de mercado. A tales efectos se crea un mercado mayorista de electricidad, actualmente administrado por la “Compañía de Expertos en Mercados S.A. E.S.P”, conocida como XM¹⁰⁴⁷.
- División del sector eléctrico en diferentes actividades independientes. En este sentido, se distinguen las actividades de generación, transporte, distribución y comercialización de electricidad. Cada una de estas actividades forman parte del servicio público de electricidad y están sometidas a una regulación particular¹⁰⁴⁸.

¹⁰⁴⁶ Vid. SERRANO GONZALEZ, Marina; “Las Bases de los Marcos Regulatorios en América Latina”, en: *Energía y Regulación en Iberoamérica*, Comisión Nacional de la Energía, Aranzadi, Navarra, 2008, pag.95.

¹⁰⁴⁷ En la Ley 142 de 1994 se define expresamente que “La empresa encargada del servicio de interconexión nacional organizará el centro nacional de despacho como una de sus dependencias internas, que se encargará de la planeación y coordinación de la operación de los recursos del sistema interconectado nacional y administrar el sistema de intercambios y comercialización de energía eléctrica en el mercado mayorista, con sujeción a las normas del reglamento de operación y a los acuerdos del consejo nacional de operación....”. En este sentido, XM S.A., como filial de ISA, se encarga de la planeación y coordinación de la operación de los recursos del Sistema Interconectado Nacional (SIN) y administra el sistema de intercambios comerciales de energía eléctrica en el Mercado Mayorista. Asimismo, es responsable de la liquidación y administración de los cargos por uso de las redes del SIN. Cfr. Parágrafo 1, artículo 167, Ley 142 de 1994, disponible en www.creg.gov.co. Vid. pagina corporativa del XM: www.xm.com.co y artículo 32 y ss, Ley 143 de 1994, disponible en www.creg.gov.co

¹⁰⁴⁸ La Ley 142 de 1994 define el servicio público domiciliario de energía eléctrica como el transporte de energía eléctrica desde las redes regionales de transmisión hasta el domicilio del usuario final, incluida la conexión y medición. También se incluye en esta definición las actividades complementarias de generación, comercialización, transformación, interconexión y transmisión. En el mismo sentido, en la Ley 143 de 1994 se define expresamente que las actividades del sector eléctrico son la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad. Estas actividades se consideran servicios públicos de carácter esencial, obligatorio, solidario y de utilidad pública ya que están destinadas a satisfacer permanentemente las necesidades colectivas primordiales. Vid. URBIZTONDO, Santiago y ROJAS, Juan Manuel; “La Reforma del Sector Eléctrico

- La participación privada en las actividades del sector y la introducción de competencia en aquellas actividades donde es posible; es decir en la generación y en la comercialización. Se excluye la competencia en las actividades de transporte y distribución por su naturaleza de monopolio natural¹⁰⁴⁹.
- Los principios de eficiencia, calidad, continuidad, adaptabilidad, neutralidad, solidaridad y equidad deben regir las actividades del sector eléctrico¹⁰⁵⁰.
- La creación de un organismo de regulación independiente, denominado Comisión de Regulación de Energía Eléctrica y Gas (CREG)¹⁰⁵¹ y la supervisión y control,

Colombiano...”, *ob cit*, pág. 2, disponible en <http://www.fiel.org/publicaciones/Documentos/DOC85.pdf>; artículo 14.25, Ley 142 de 1994; artículo 1 y 5, Ley 143 de 1994. Normas disponibles en www.creg.gov.co

¹⁰⁴⁹ En este sentido, las actividades del sector pueden desarrollarse -en un contexto de libre competencia- por empresas públicas, privadas o mixtas. *Vid.* Artículo 7, Ley 143 de 1994, disponible en www.creg.gov.co

¹⁰⁵⁰ *Vid.* Artículo 6, Ley 143 de 1994, disponible en www.creg.gov.co

¹⁰⁵¹ Las Comisiones de Regulación fueron creadas como unidades administrativas especiales, con independencia administrativa, técnica y patrimonial. La CREG es una unidad administrativa adscrita al Ministerio de Minas y Energía. *Vid.* Artículo 69 de la Ley 142 de 1994 y art. 21 de la Ley 143 de 1994. Normas disponibles en www.creg.gov.co En relación a la naturaleza de la función reguladora, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente: “El artículo 68 de la Ley 142 de 1994 dispone que el Presidente de la República señalará las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, que le encomienda el artículo 370 Superior, y de los demás a que se refiere dicha ley, por medio de las comisiones de regulación, si decide delegarlas, en los términos de la citada ley, delegación que resultó ajustada a la Constitución...”. En la misma línea de argumentación en un pronunciamiento posterior afirmó: “La regulación que hagan las comisiones respectivas sobre las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, sin tener una connotación legislativa, implica la facultad para dictar normas administrativas de carácter general o particular, de acuerdo con la Constitución, la ley, el reglamento y las directrices presidenciales, dirigidas a las personas que prestan servicios públicos domiciliarios para lograr su prestación eficiente mediante la

que se encomienda a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (SSPD)¹⁰⁵².

- La creación del Consejo Nacional de Operación (CNO), con la finalidad de garantizar que la operación conjunta del sistema interconectado sea segura, confiable y económica¹⁰⁵³.

En nuestro modo de ver, la reforma estructural del sector eléctrico ha traído importantes beneficios para las empresas, los usuarios y para la economía nacional. En efecto, la solidez alcanzada por algunas empresas en el mercado colombiano les ha permitido participar competitivamente en otros mercados energéticos de la región; los usuarios se han beneficiado de la mejora en la calidad del servicio; la defensa de sus derechos ha mejorado ostensiblemente gracias a los mecanismos previstos en la Ley y las aportaciones de la jurisprudencia¹⁰⁵⁴. Por su parte, el Estado ha tenido la oportunidad de

regulación de monopolios y la promoción de la competencia”. Cfr. Sentencia C-272 de 3 de junio de 1998 y Sentencia C-389 de 22 de mayo de 2002. Jurisprudencia disponible en www.corteconstitucional.gov.co

¹⁰⁵² Control que se extiende a la eficiencia y calidad del servicio de electricidad; además, de la inspección y vigilancia de las empresas que prestan el servicio. *Vid.* Artículo 9, Ley 143 de 1994, disponible en www.creg.gov.co

¹⁰⁵³ *Vid.* Artículo 172, Ley 142 de 1994, disponible en www.creg.gov.co.

¹⁰⁵⁴ En materia de servicios públicos (especialmente en el sector eléctrico debido a la complejidad de su normativa y de los aspectos técnico-económicos del servicio) ha sido frecuente encontrar situaciones de vulneración de los derechos de los consumidores (domésticos o industriales) por parte de las empresas. Estas situaciones han sido resueltas por vía administrativa o judicial. De modo que, en la actualidad, es posible encontrar una abundante y consolidada doctrina en materia de protección del usuario de servicios públicos. Por ejemplo, con ocasión de la revisión de diferentes Acciones de Tutela en el sector eléctrico, la Corte Constitucional, en un importante pronunciamiento de unificación jurisprudencial, señaló que: “Cuando quiera que la actuación de las empresas de servicios públicos domiciliarios frente a los usuarios se torne arbitraria y contraria al orden jurídico, valiéndose de su posición de privilegio, la acción de tutela resulta procedente como mecanismo de protección de los derechos

obtener importantes recursos de la venta de su participación en empresas del sector, que le han permitido desarrollar proyectos en otros sectores económicos.

No obstante, es necesario indicar que –lamentablemente- el sector público aun sigue presente en el papel de empresario en el ámbito del sector eléctrico. En efecto, según el más reciente Boletín Estadístico de Minas y Energía elaborado por la Unidad de Planeación Minero Energética (UPME), la participación pública en cada actividad del sector eléctrico todavía representa un porcentaje significativamente elevado. Según este Boletín, en el 2007, la participación pública en el mercado de generación alcanzaba el 45%; en transporte el 76% y en distribución el 64%. En el mercado de comercialización, la participación pública, en el 2006, alcanzaba el 32%¹⁰⁵⁵.

A nuestro modo de ver, la participación del Estado en el sector eléctrico, como agente prestador del servicio, debe ser el último recurso previsto para situaciones en las que el servicio no pueda ser prestado por particulares. En estos casos, el Estado debe asumir su

fundamentales del usuario, frente a la ineficacia de los medios ordinarios de defensa judicial para proteger de manera inmediata los derechos conculcados. En los casos objeto de estudio, las entidades accionadas han impuesto sanciones de contenido pecuniario a los usuarios frente al incumplimiento del contrato de condiciones uniformes. A pesar de que la mayoría de ellos ejercieron el recurso de reposición ante la propia entidad, e incluso en algunos casos, los recursos de apelación y queja ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, lo cierto es que éstos fueron decididos bajo la consideración de que las empresas de servicios públicos domiciliarios sí están facultadas para imponer sanciones de contenido pecuniario, conclusión que, de acuerdo a lo anteriormente expuesto, resulta inaceptable. En este sentido, es claro que los recursos administrativos con los que cuentan los accionantes no resultan eficaces como mecanismo para solicitar la protección de sus derechos fundamentales, puesto que el encargado de decidirlos tiene como parámetro una interpretación errada del ordenamiento que regula la materia". Cfr. Sentencia SU-1010/08 de 16 de octubre de 2010. Disponible en www.corteconstitucional.gov.co. Vid. Resolución CREG 108 de julio 3 de 1997, disponible en www.creg.gov.co.

¹⁰⁵⁵ Vid. UNIDAD DE PLANEACION MINERO ENERGETICA (UPME); "Boletín Estadístico de Minas y Energía 2003-2008", Unidad de Planeación Minero Energética, Bogotá, 2008, pág. 85, disponible en http://www.upme.gov.co/Docs/Boletin_Estad_Minas_Energy_2003_2008.pdf

deber constitucional como garante de su prestación efectiva a los ciudadanos y debe intervenir directamente actuando como empresario. En cualquier otra situación, el Estado debe limitarse a cumplir con rigor sus funciones de regulación, vigilancia y control, dejando que sean los particulares quienes compitan, especialmente, en los mercados de generación y comercialización¹⁰⁵⁶.

La realidad económica y social del Estado colombiano exige que el sector público (a nivel nacional, departamental y/o municipal) se concentre en tareas que demandan la máxima atención pública: seguridad, educación, salud y fomento de infraestructuras. La producción de electricidad, su distribución, comercialización o la operación del mercado no son funciones que, a la vista de las necesidades del país, deban ser asumidas por los poderes públicos¹⁰⁵⁷.

6.1.3. Perfil actual del sector eléctrico.

En el sector eléctrico colombiano, los comercializadores y grandes consumidores compran grandes bloques de energía en un mercado virtual denominado “mercado mayorista”, operado por la Compañía de Expertos en Mercados (XM), que se rige bajo las condiciones de la oferta y la demanda. El operador del mercado es una filial de la

¹⁰⁵⁶ En este sentido, URBIZTONDO y ROJAS, manifiestan que “..el proceso de privatización no ha avanzado significativamente desde el año 1999, y al cabo de 10 años, aún se observa un elevado grado de integración vertical –heterogénea según las distintas empresas–, particularmente en el caso de empresas públicas no transferidas al sector privado, que constituye un llamado de atención sobre el cumplimiento de las condiciones necesarias para que la reforma logre sus objetivos”. *Ibid.* pág. 6.

¹⁰⁵⁷ No obstante, existen voces que aun defienden el modelo de gestión pública de los servicios públicos y rechazan el proceso de liberalización y apertura a la inversión privada en estos servicios, en especial tratándose del sector energético. En este sentido *Vid.* RAMIRO, Pedro; GONZALEZ, Erika y PULIDO, Alejandro; “*La Energía que Apaga Colombia*”, Editorial Icaria, Barcelona, 2007.

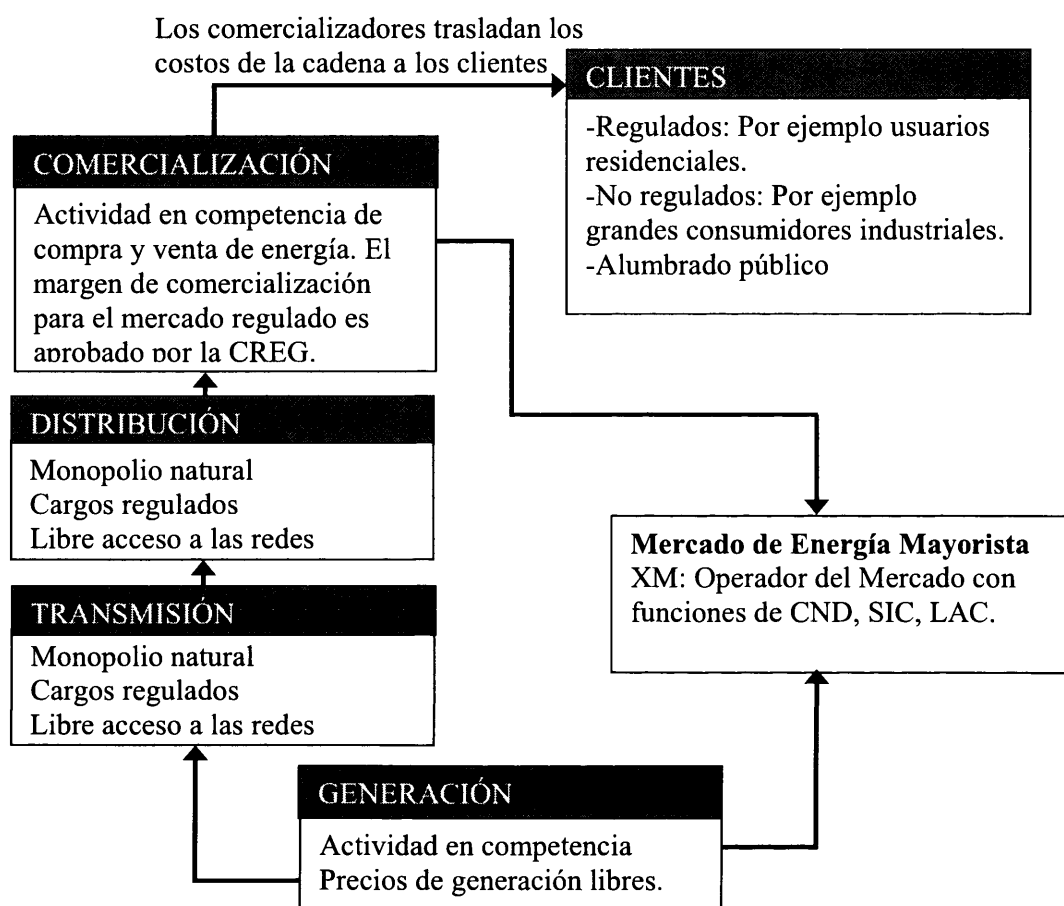
principal empresa de transporte de electricidad –ISA-, que a su vez (como hemos mencionado) es de carácter público, puesto que la participación mayoritaria la ostenta el Estado.

Las funciones de XM se concretan en tres tareas puntuales. En primer lugar, funciona como Centro Nacional de Despacho (CND); es decir, planea, supervisa y controla la operación de las instalaciones de generación, transmisión e interconexión para garantizar una operación segura, confiable y económica. En segundo lugar, opera como Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales (ASIC); estos es: registra y liquida los contratos a largo plazo celebrados entre generadores y comercializadores o entre generadores y grandes consumidores¹⁰⁵⁸. En tercer lugar, opera como el Liquidador y Administrador de Cuentas (LAC) del sistema de transmisión nacional, es decir, debe facturar, cobrar y distribuir los cargos por uso del sistema de transmisión.

La siguiente grafica ilustra con claridad el funcionamiento comercial del mercado eléctrico colombiano¹⁰⁵⁹:

¹⁰⁵⁸ También registra y liquida las transacciones celebradas en el mercado mayorista y es el responsable de la gestión de la información en este mercado.

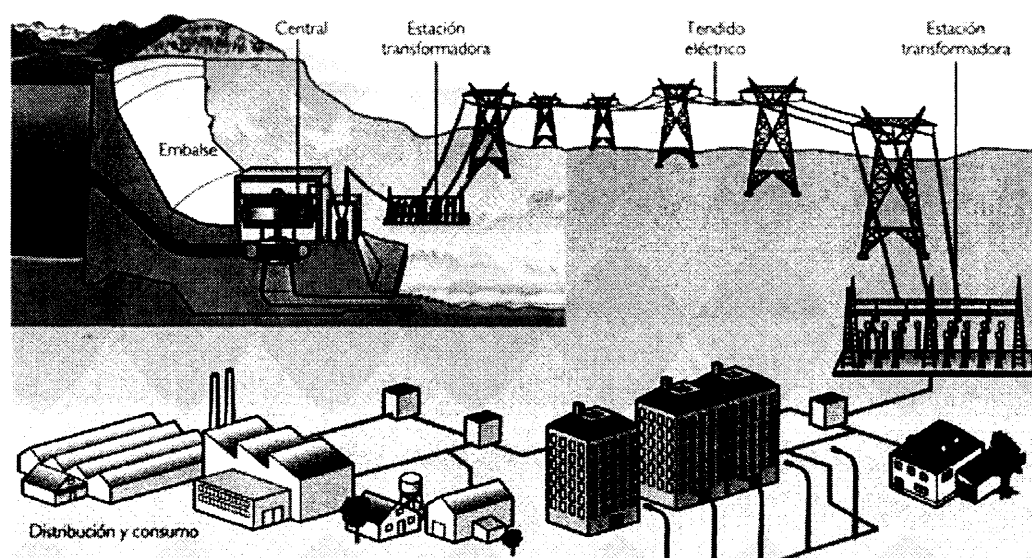
¹⁰⁵⁹ Elaboración propia con fundamento en información de la CREG: www.creg.gov.co



Es importante resaltar que en el mercado mayorista, los comercializadores también pueden celebrar contratos bilaterales de compra de energía con las empresas generadoras. En este sentido, los precios, cantidades y condiciones de estos contratos son negociados libremente por las partes¹⁰⁶⁰.

¹⁰⁶⁰ Vid. RAMIREZ, RICARDO; "Nuevo Esquema Regulatorio para Asegurar la Confiabilidad en el Suministro de Energía Eléctrica en Colombia", en: *Energía y Regulación en...., ob cit*, pág. 308

Ahora bien, para tener la posibilidad de suministrar electricidad al Sistema Interconectado Nacional –SIN- y participar en el mercado mayorista, los generadores están conectados a las líneas de transporte del SIN mediante redes de interconexión. Las líneas de transporte de alta tensión llevan la electricidad a centros de transformación, en donde se reduce su voltaje para ser distribuida finalmente a los usuarios. La presente grafica ilustra adecuadamente el funcionamiento técnico del sistema¹⁰⁶¹:



En el 2008, la capacidad de generación efectiva neta en Colombia se cifró en 13.456 MW. Esta capacidad de generación está integrada por centrales hidroeléctricas, que representan el 63.4% del total de la capacidad efectiva (8.525 MW); centrales térmicas –a gas o a carbón- que representan el 32.3% de la capacidad efectiva (4.343 MW); plantas menores, hidroeléctricas o térmicas, que representan el 4.2% de la capacidad efectiva

¹⁰⁶¹ Fuente: COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA Y GAS (CREG); “Informe de Rendición de Cuentas, Mercado Mayorista”, Bogotá, 31 de julio de 2009, diapositiva 2. Disponible en www.creg.gov.co.

(564.3 MW) y cogeneradores que representan el 0.2% de la capacidad efectiva (24.5 MW)¹⁰⁶².

Ahora bien, a tenor de su cuota de mercado, la participación de los diferentes grupos empresariales en el mercado de generación es la siguiente. En primer lugar, se encuentra el Estado (la Nación), con una cuota de mercado del 30.1%. En segundo lugar, el grupo Endesa¹⁰⁶³, con una cuota de mercado del 21.3%. En tercer lugar, el grupo empresarial de Empresas Publicas de Medellín (EPPM)¹⁰⁶⁴, con una cuota del 21.2%. En cuarto lugar, el grupo Colinversiones¹⁰⁶⁵, con una cuota del 13% y en quinto lugar AES¹⁰⁶⁶ con una cuota del 7.4%. Los demás agentes del mercado de generación tienen cuotas inferiores al 2%¹⁰⁶⁷. Sobre la base de estos índices, podemos afirmar que -en la actualidad- la

¹⁰⁶² *Ibidem*.

¹⁰⁶³ Empresa privada propiedad del grupo empresarial español Endesa, controlada por el grupo energético italiano Enel.

¹⁰⁶⁴ Empresa industrial y comercial del Estado del orden municipal, propiedad del municipio de Medellín.

¹⁰⁶⁵ Empresa privada de inversión, que participa en otros sectores económicos como la industria hotelera, el sector financiero y asegurador, sector bursátil, entre otros.

¹⁰⁶⁶ Empresa privada perteneciente al grupo empresarial estadounidense AES.

¹⁰⁶⁷ Vid. CHAIN ALVAREZ, Carmenza; “*Perspectivas de la Distribución y Comercialización de Energía Eléctrica. Régimen de Competencia*.”. Presentación expuesta en la VI Jornada de Distribución de Energía Eléctrica, Bogotá, 4 de diciembre de 2009, dispositiva 20. Disponible en www.asocodis.org.co Para conocer en detalle las principales características del mercado colombiano de generación de electricidad, en particular sus índices de concentración, Vid. TOBON, David; ORTIZ, Margarita y CASTILLO, Gustavo; “Organización del Mercado de Electricidad Colombiano. Una aplicación de los Índices de Diversificación Tecnológica y de Concentración H-H y C-4, 1995-2004”. En: *Lecturas de Economía*, núm. 62, enero-junio, Universidad de Antioquia, Medellín, 2005, pág. 207-229. Disponible en <http://aprendeonlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/lecturasdeeconomia/>

participación del capital público –la Nación y el Municipio de Medellín- en la actividad de generación de electricidad supera el 50% del mercado.

En el año 2007, en el sector de transmisión de electricidad, la participación de capital público en las 11 empresas participantes ascendía al 76%, mientras el 24% restante correspondía al sector privado¹⁰⁶⁸. En la actualidad, el Estado es el accionista mayoritario de la principal empresa de transporte de electricidad del país -Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. (ISA)-, con una participación del 51.4%. También integran la composición accionaria de ISA, las Empresas Publicas de Medellín (EEPPM) con un 10.1% y Ecopetrol S.A. con un 5.3%¹⁰⁶⁹.

En el sector de distribución de energía eléctrica -según el número de usuarios - el primer lugar lo ocupa el Estado, mediante inversiones del orden nacional. En segundo lugar se encuentra Codensa¹⁰⁷⁰, seguida de EEPPM y Colinversiones. Por lo demás, en el año 2007, la participación pública en el sector de distribución correspondía al 64% , mientras que las inversiones del sector privado en el sector representaba el 36%¹⁰⁷¹.

¹⁰⁶⁸ Vid. UNIDAD DE PLANEACION MINERO ENERGETICA (UPME); “Boletín Estadístico de Minas y Energía.....”, ob cit, pág. 85, disponible en http://www.upme.gov.co/Docs/Boletin_Estad_Minas_Energy_2003_2008.pdf

¹⁰⁶⁹ Fuente: ISA. Información disponible en <http://www1.isa.com.co/irj/portal/anonymous?NavigationTarget=navurl://61c4e91e0476ab6b9c96a4f5a4cd349b>

¹⁰⁷⁰ Empresa privada distribuidora y comercializadora perteneciente al grupo Endesa.

¹⁰⁷¹ Vid. UNIDAD DE PLANEACION MINERO ENERGETICA (UPME); “Boletín Estadístico de Minas y Energía.....”, ob cit, pág. 85, disponible en http://www.upme.gov.co/Docs/Boletin_Estad_Minas_Energy_2003_2008.pdf

En el sector de comercialización de electricidad, el Grupo EEPPM domina el mercado con una cuota del 26.5%. En segundo lugar, se encuentra el grupo Endesa con una cuota del 22.0%. En tercer lugar se encuentra el grupo Gas Natural Internacional con una cuota del 18.0%. En cuarto lugar se encuentra el Estado con una cuota del 15.6% y, en quinto lugar, se encuentran las Empresas Municipales de Cali con una cuota del 6.3%. El resto de empresas participantes en el mercado de comercialización tienen cuotas inferiores al 3.2.%¹⁰⁷².

Para concluir es necesario resaltar que el sector eléctrico colombiano tiene una importante capacidad de exportación de electricidad hacia Venezuela y Ecuador, especialmente hacia este último país. Así, en el año 2008 se exportaron a Ecuador 509 GWh y a Venezuela 102,180 GWh¹⁰⁷³. No obstante, con anterioridad, en el año 2006, las exportaciones de electricidad a Ecuador alcanzaron su máximo nivel. Se exportaron 1.757 GWh, por un valor de 151 millones de dólares. A este respecto, la política del Estado colombiano es aumentar la capacidad de interconexión con Ecuador¹⁰⁷⁴ e iniciar la construcción de una línea de transporte con Panamá, que –se pretende– entre en funcionamiento en el año 2013.

6.1.4. Límites a la participación en el sector.

¹⁰⁷² Vid. CHAIN ALVAREZ, Carmenza; *"Perspectivas de la Distribución y Comercialización de....."*, ob cit, dispositiva 21.

¹⁰⁷³ Vid. UNIDAD DE PLANEACION MINERO ENERGETICA (UPME); *"Plan de Expansion en Referencia. Generación-Transmision 2009-2023"*, UPME, Bogotá, Abril, 2009, pág. 21-22, disponible en http://www.upme.gov.co/Docs/Plan_Expansion/2009/Plan_Expansion_2009-2023.pdf

¹⁰⁷⁴ Existe una propuesta para desarrollar una nueva interconexión entre Colombia y Ecuador con un enlace a 230 kV entre Nueva Loja (Ecuador) y Orito (Colombia). Vid. UNIDAD DE PLANEACION MINERO ENERGETICA (UPME); *"Plan de Expansión en Referencia. Generación-Transmisión...."*, ob cit, pág. 144-145, disponible en http://www.upme.gov.co/Docs/Plan_Expansion/2009/Plan_Expansion_2009-2023.pdf

En Colombia, la intervención del Estado en los servicios públicos, se lleva a cabo de acuerdo con determinados principios fijados en la Constitución Política, entre los que se destacan: la dirección general de la economía a cargo del Estado; la libre competencia; la prohibición de los monopolios; la inherencia de los servicios públicos a la finalidad social del Estado; la posibilidad de conceder subsidios; etc¹⁰⁷⁵.

Así pues, en desarrollo de este marco constitucional, la Ley 142 de 1994 reitera que una de las finalidades de la intervención del Estado en los servicios públicos es garantizar la libre competencia y evitar el abuso de la posición dominante. En línea con esta finalidad, la Ley del Sector Eléctrico también consagra que al Estado le corresponde prevenir la realización de prácticas que constituyan competencia desleal o abuso de posición dominante en el mercado¹⁰⁷⁶.

Así las cosas, a las Comisiones de Regulación les han sido asignadas determinadas funciones dirigidas a promover la competencia entre las empresas, de tal forma que su operación sea económicamente eficiente, no abusen de su posición dominante y presten servicios de calidad¹⁰⁷⁷. De esta manera, en relación con problemáticas asociadas al grado de concentración de cada industria, destacamos las siguientes funciones¹⁰⁷⁸:

¹⁰⁷⁵ Vid. Artículos 333, 334, 336, 365, 368 de la Constitución Política de Colombia, disponible en www.banrep.gov.co. Vid. *infra*. Apartado 6.1.2. del presente capítulo.

¹⁰⁷⁶ Es necesario reiterar que la Ley 142 ha definido puntualmente cuando una empresa que presta cualquier servicio público domiciliario (electricidad, gas, telefonía pública básica conmutada, etc) tiene una posición dominante. En este orden de ideas, en relación a su mercado y a los mercados sustitutos próximos de éste, una empresa tiene posición dominante cuando atiende a más del 25% de los usuarios. Vid. Artículos 2.6, 14.13, 14.21 de la Ley 142 de 1994 y artículo 3, Ley 143 de 1994. Normas disponibles en www.banrep.gov.co

¹⁰⁷⁷ En este sentido, la Ley 142 de 1994, le ha encargado a la Comisión de Regulación de Energía Eléctrica y Gas (CREG), entre otras funciones, el adoptar las medidas necesarias para impedir abusos de posición dominante en el sector y alcanzar la libre competencia. En efecto, son funciones de esta Comisión, “Regular el ejercicio de las

- Ordenar la escisión de una empresa de servicios públicos en otras que tengan el mismo objeto, cuando la empresa usa su posición dominante para impedir el desarrollo de la competencia en un mercado donde ella es posible.
- Ordenar que una empresa de servicios públicos se escinda cuando otorga subsidios con el producto de uno de sus servicios -que no tiene amplia competencia- a otro servicio que sí la tiene
- Ordenar la escisión de una empresa de servicios públicos cuando adopta prácticas restrictivas de la competencia.
- Ordenar la fusión de empresas cuando haya estudios que demuestren que es indispensable para extender la cobertura y abaratar los costos para los usuarios.

actividades de los sectores de energía y gas combustible para asegurar la disponibilidad de una oferta energética eficiente, propiciar la competencia en el sector de minas y energía y **proponer la adopción de las medidas necesarias para impedir abusos de posición dominante y buscar la liberación gradual de los mercados hacia la libre competencia**. La comisión podrá adoptar reglas de comportamiento diferencial, según la posición de las empresas en el mercado”. **Negrillas fuera del texto**. En punto a las facultades dirigidas a alcanzar la libre competencia y evitar abusos de posición dominante, la jurisprudencia ha aclarado que estas facultades no solamente se limitan a proponer medidas dirigidas a estos fines, como se consagra en la norma anteriormente citada, sino que se extienden a la facultad de adoptar medidas efectivas dirigidas a la realización de estos fines. En este sentido el Consejo de Estado ha afirmado que “Del estudio armónico y coordinado entre las distintas facultades se llega a la conclusión de que la Comisión de Regulación de Energía y Gas para regular las actividades de los sectores de energía y gas puede adoptar medidas, establecer mecanismos, adoptar decisiones conductas éstas que van más allá de la de simplemente sugerir o insinuar..... Las consideraciones precedentes permiten concluir que la función de “proponer”, que consagra el artículo 74, numeral 74.1, literal a), debe entenderse referida a los casos en que se trate de adoptar medidas que correspondan a otras autoridades”. *Cfr.* Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Expediente 4443, 12 de febrero de 1998 y Artículo 74.1 de la Ley 142 de 1994. *Vid.* Artículo 73 de la Ley 142 de 1994. Jurisprudencia y normas disponibles en www.creg.gov.co

¹⁰⁷⁸ *Vid.* Artículos 73.13, 73.14, 73.16, 73.25 de la Ley 142 de 1994. Disponible en www.banrep.gov.co

- Impedir que quienes captan o producen un bien que se distribuye por medio de empresas de servicios públicos, acuerden pactos contrarios a la libre competencia en perjuicio de los distribuidores. En este sentido, las Comisiones de Regulación pueden exigir que en los contratos se especifiquen los diversos componentes que definen los precios y tarifas.
- Establecer los mecanismos indispensables para evitar la concentración de la propiedad accionaria en empresas con actividades complementarias en un mismo sector o sectores afines en la prestación de cada servicio público.

El marco conceptual anteriormente descrito, explica el porqué la Comisión de Regulación de Energía Eléctrica y Gas (CREG) ha fijado expresamente límites máximos de participación en el sector eléctrico. Estos límites, de carácter horizontal y vertical¹⁰⁷⁹, deben ser respetados a la hora de ejecutar una concentración empresarial ya que han sido fijados de forma previa por la CREG para preservar las condiciones de competencia deseadas en el sector¹⁰⁸⁰.

¹⁰⁷⁹ Recordamos que en las integraciones horizontales “una compañía crece combinándose con otras organizaciones de la misma industria, es decir, combinando sus operaciones con la competencia”. En el caso del sector eléctrico este es el caso cuando, por ejemplo, un generador se fusiona con otro generador. Una integración verticales es “un intento por adquirir el control de los insumos (integración vertical hacia atrás) o productos (integración vertical hacia delante)”. Por ejemplo, en el sector eléctrico es el caso cuando un generador se fusiona o adquiere el control de un comercializador. Cfr. ROBBINS, Stephen y COULTER, Mary; “*Administración*”, Editorial Pearson Prentice Hall, octava edición, México, 2005, pág. 188.

¹⁰⁸⁰ La jurisprudencia ha respaldado las funciones de la Comisión de Regulación de Energía Eléctrica y Gas (CREG) dirigidas a impedir abusos de posición dominante y alcanzar la libre competencia en el sector a través de los límites a la participación en los mercados. En efecto, según el criterio del Consejo de Estado, “promover la competencia entre quienes presten, servicios públicos se opone a las prácticas monopolistas, a la vez que ello contribuye a buscar servicios de calidad. Entre mayor competencia haya; mejor es la prestación de los servicios pues cada empresa se preocupa de ofrecer mejores condiciones para así captar más demanda. La previsión consistente en exigir un límite a

En otros términos, debido a los riesgos que para la competencia en el sector eléctrico implican las operaciones de concentración, la Comisión de Regulación, en su calidad de autoridad técnica-independiente, ha preferido fijar previamente los límites máximos de integración horizontal y vertical que son tolerables en el sector eléctrico colombiano de acuerdo a las particularidades de este sector. Por este motivo, antes de ejecutar cualquier concentración, las empresas¹⁰⁸¹ deben verificar sus índices y porcentajes de participación en el mercado -o en las empresas- de tal forma que después de ejecutada la concentración no excedan los límites fijados por la autoridad sectorial.

la participación en las actividades de generación, comercialización y distribución constituye un mecanismo para evitar la concentración de la propiedad accionaria, facultad ésta que consagra el artículo 73, numeral 73.25 de la referida Ley 142”. Después, en el mismo pronunciamiento, el Consejo de Estado añade: “el mecanismo de establecer límites a la participación en una empresa generadora, comercializadora o distribuidora de energía que, como ya se dijo, conduce a desarrollar la finalidad prevista en el artículo 73, numeral 73.25, de la Ley 142 de 1994, de evitar la concentración de la propiedad accionaria, indirectamente contribuye a evitar abuso de la posición dominante..... en la medida en que exista mayor concentración de la propiedad accionaria ello puede contribuir a que en un momento dado se puedan adoptar conductas que se traduzcan en un abuso de esa posición...”. Cfr. Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Expediente 4443, 12 de febrero de 1998. Disponible en www.creg.gov.co

¹⁰⁸¹ Con fundamento en la Ley de Servicios Públicos, la regulación del sector eléctrico define el concepto de empresa en los siguientes términos: “**Empresa:** Persona natural o jurídica que, según lo dispuesto por el Artículo 15 y el Parágrafo 1 del Artículo 17 de la ley 142 de 1994, desarrolla la actividad de generación, transmisión, distribución o comercialización de energía eléctrica, bien sea que desarrolle una de esas actividades en forma exclusiva o en forma combinada con otras actividades del sector eléctrico, cualquiera de ellas sea la actividad principal. También comprende a las personas naturales o jurídicas con quienes éstas tengan una relación de control, ya sea en calidad de matriz, filial, subsidiaria o subordinada. Cuando el prestador de esa actividad sea una entidad pública, la condición de subordinación se determinará frente a la Nación, al departamento, al distrito, o al municipio, según el orden territorial al cual pertenezca, y a las entidades descentralizadas del respectivo orden territorial”. Cfr. Artículo 1, Resolución CREG 001 de 10 de enero de 2006. Disponible en www.creg.gov.co

Como tendremos la oportunidad de reiterar en el próximo apartado, este tipo de regulación facilita el análisis de la concentración por parte de la autoridad de competencia ya que su papel se limita a verificar la observancia de los límites previamente fijados, simplificando así el proceso de evaluación de la operación.

6.1.4.1. Límites de participación horizontal.

A) Generación:

- Ninguna persona natural o jurídica puede tener, directa o indirectamente, más del 25% de la capacidad nominal de generación de electricidad en el sistema interconectado nacional. En este sentido, la CREG puntualiza que ninguna persona natural o jurídica, puede incrementar su participación en el mercado de generación -mediante cualquier tipo de concentración empresarial- si la participación resultante de la concentración supera el 25%¹⁰⁸².
- Ninguna persona natural o jurídica puede incrementar -directa o indirectamente- su participación en el mercado de generación, mediante cualquier tipo de concentración empresarial, cuando el total de los MW de su capacidad efectiva neta sea superior a la franja de potencia calculada por la CREG¹⁰⁸³.

¹⁰⁸² Vid. Artículo 2, Resolución CREG 042 de agosto 31 de 1999 y artículo 6, Resolución CREG 060 de 28 de junio de 2007. Disponibles en www.creg.gov.co

¹⁰⁸³ La franja de potencia es el resultado de sustraer la demanda máxima promedio anual de energía de la disponibilidad promedio anual. Vid. Artículo 1, Resolución CREG 042 de agosto 31 1999. Disponible en www.creg.gov.co

La forma de calcular la participación en el mercado de cada operador no se deja al arbitrio de cada empresa, sino que también está expresamente señalado en las resoluciones de la CREG, de forma tal que exista claridad en el procedimiento y valores a utilizar a la hora de realizar este cálculo¹⁰⁸⁴.

En este sentido, en la actualidad el cálculo de la participación en la actividad de generación se calcula con fundamento en el concepto de “Energía Firme Para el Cargo por Confiabilidad (ENFICC)” que es la máxima energía eléctrica capaz de entregar continuamente una planta de generación, en condiciones de baja hidrología, en un período de un año. Con fundamento en este concepto y mediante una operación aritmética cualquier operador puede calcular su participación en el mercado de generación¹⁰⁸⁵.

¹⁰⁸⁴ Vid. Artículos 3 y 4, Resolución CREG 060 de 28 de junio de 2007. Disponible en www.creg.gov.co

¹⁰⁸⁵ En efecto, la participación de un agente en la actividad de generación se calcula como “el cociente, multiplicado por cien, entre: a) La suma de la ENFICC de las plantas propias, la de las representadas ante el MEM por el agente y la de las plantas pertenecientes o representadas por otras empresas con quienes tenga una relación de control, ya sea en calidad de matriz, filial, subsidiaria o subordinada, de acuerdo con lo previsto en la legislación comercial, y b) La suma de la ENFICC de todas las plantas o unidades de generación del Sistema Interconectado Nacional”. Negrillas fuera del texto. El cálculo de la participación se entiende mejor mediante la siguiente fórmula: $\text{Participación} = (b/a) \times 100$. Cfr. Artículo 3, Resolución CREG 060 de 28 de junio de 2007. Disponible en www.creg.gov.co. Ahora bien, es necesario tener presente dos aspectos en relación con este cálculo. En primer lugar, el valor de la ENFICC a tener en cuenta en el cálculo es el consignado en la última declaración presentada por los generadores para el cargo por confiabilidad. En el caso de las plantas no despachadas centralmente o de los agentes que no hayan efectuado la declaración, será el cálculo realizado por el Centro Nacional de Despacho, sin incluir la ENFICC respaldada por plantas o unidades de generación que no hayan entrado en operación. En segundo lugar, es necesario tener en cuenta que la CREG también define lo que debe entenderse por empresa controlada y no controlada, apoyándose en los conceptos de la legislación mercantil y del Derecho de la competencia. En este sentido, será una empresa controlada aquella “que se encuentra en situación de subordinación respecto de una persona natural o jurídica cualquiera que sea su naturaleza, de acuerdo con lo definido por la legislación comercial y tributaria y el Numeral 4o. del Artículo 45 del Decreto 2153 de 1992”. Por su parte, empresa no controlada es la que “tiene en su capital o en su propiedad, participación de una persona natural o jurídica, cualquiera que sea su naturaleza, sin que exista entre ellas una relación de subordinación, de acuerdo con lo definido por la legislación comercial y tributaria y el numeral 4o. del

Ahora bien, si la participación de un generador en la actividad de producción, es mayor o igual a 25% e inferior a 30% y el Índice Herfindahl Hirschman (IHH) es mayor o igual a 1800, la CREG comunicará esta situación a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (SSPD) para que, en su calidad de autoridad de vigilancia y control, inicie la respectiva investigación¹⁰⁸⁶.

Asimismo, si la CREG establece que la participación de un generador es mayor o igual a 30% y el IHH es mayor o igual a 1800, el generador debe poner a disposición de otras empresas la suficiente energía suficiente para reducir su participación hasta los límites permitidos¹⁰⁸⁷.

B) Transmisión:

La CREG, con la finalidad de prevenir el abuso de posición dominante y para evitar la concentración de la propiedad accionaria de las empresas, fijó las siguientes reglas para la participación en la actividad de transmisión nacional:

- El principal operador del sector de transporte, Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. (ISA), y las empresas con quienes tenga una relación de control, solamente pueden incrementar su participación en la actividad de transmisión cuando sean elegidos beneficiarios en los procesos de selección de los planes de expansión del sistema

artículo 45 del Decreto 2153 de 1992". Cfr. Parágrafos 1 y 2 del artículo 7 de la Resolución CREG 042 de 31 de agosto de 1999. Vid. Artículo 3, Resolución CREG 060 de 28 de junio de 2007. Disponible en www.creg.gov.co

¹⁰⁸⁶ La forma de calcular el índice IHH también es señalado por la CREG. Vid. Artículo 4, Resolución CREG 060 de 28 de junio de 2007. Disponible en www.creg.gov.co

¹⁰⁸⁷ *Ibidem*.

de transmisión nacional. ISA no puede adquirir participación societaria -o accionaria- en otras empresas de transmisión nacional. Tampoco puede incrementar su participación en otras empresas de transmisión, existentes o futuras, excepto en aquellas en las que tiene una relación de control¹⁰⁸⁸.

- ISA no puede adquirir activos de transmisión de otras empresas que sean elegidas en los procesos de selección de los programas de expansión del sistema de transmisión nacional, excepto los activos de transmisión de las empresas sobre las que tiene una relación de control¹⁰⁸⁹.
- Los proponentes que participen en un mismo proceso de selección de expansión del sistema de transmisión nacional, no pueden tener una relación de control, ya sea en calidad de matriz, filial, subsidiaria o subordinada¹⁰⁹⁰.

C) Distribución:

¹⁰⁸⁸ Vid. Letra b) del artículo 10 de la Resolución CREG 001 de 10 de enero de 2006. Disponible en www.creg.gov.co

¹⁰⁸⁹ *Ibidem*. Las limitaciones establecidas en la letra b) del artículo 10 de la Resolución CREG 001 de 2006, solamente son aplicables a ISA en su calidad de operador dominante de la red de transmisión del país, no aplicables a otras empresas de transmisión. Estas medidas diferenciales respecto a ISA se justifican ya que opera el 79% de la red de transmisión. También es el operador dominante (91%) de la red de transmisión de Perú, opera el 25% de la red de transmisión de Bolivia y el 17% de la red de transmisión de Brasil. Como ya hemos mencionado previamente, el Estado colombiano es el principal accionista de ISA, con una participación del 52.9%, seguida de la participación de Empresas Publicas de Medellín (10%), Ecopetrol (6%), la Empresa de Energía de Bogotá (2%), entre otros. Vid. Estandar & Poor's. Información sobre ISA disponible en <http://www2.standardandpoors.com/portal/site/sp/es/la/page.article/2,1,3,0,1204843774564.html>

¹⁰⁹⁰ Vid. Letra d) del artículo 10 de la Resolución CREG 001 de 10 de enero de 2006. Disponible en www.creg.gov.co

- La resolución CREG 128 de 17 de diciembre de 1996, establecía que ninguna empresa podría tener más del 25% en la actividad de distribución. No obstante, esta limitación fue eliminada por la Resolución CREG 001 de 10 de enero de 2006. En consecuencia, en la actualidad no hay límite en la participación de las empresas en esta actividad¹⁰⁹¹.

D) Comercialización:

- Ninguna empresa puede tener, directa o indirectamente, una participación superior al 25% en la actividad de comercialización de electricidad¹⁰⁹².
- En los casos de concentraciones entre empresas, para calcular este límite se tiene en cuenta sus participaciones a partir del momento en que se consolida la relación de control entre ellas¹⁰⁹³.

¹⁰⁹¹ Vid. Artículo 4 de la Resolución CREG 001 de 10 de enero de 2006 y artículo 5 de la Resolución CREG 128 de 17 de diciembre de 1996. Disponibles en www.creg.gov.co

¹⁰⁹² Esta participación se calcula como el cociente, multiplicado por cien, entre a) la demanda comercial de la empresa, incluida la cantidad que ella atiende de la demanda no doméstica, y b) la suma de la demanda total y la demanda no doméstica. Para una mayor comprensión reiteramos: $\text{Participación} = (b/a) \times 100$. Ahora bien, en el cálculo de este porcentaje se emplea la información suministrada por el Centro Nacional de Despacho, medida en kilovatios hora, para los 12 meses anteriores al que se realiza el cálculo. Asimismo, sólo se tiene en cuenta la demanda de los últimos 12 meses de los usuarios atendidos por la respectiva empresa. Al igual que como sucede en la actividad de generación, para calcular esta participación, al porcentaje de participación directa que tenga la empresa en la actividad de comercialización, se suma el porcentaje de participación directa de otras empresas con quienes tenga una relación de control, ya sea en calidad de matriz, filial, subsidiaria o subordinada Vid. Artículo 1 de la Resolución CREG 024 de 16 de marzo de 2009. Disponible en www.creg.gov.co.

¹⁰⁹³ Vid. Artículo 1 de la Resolución CREG 024 de 16 de marzo de 2009. Disponible en www.creg.gov.co

- Si una empresa supera el límite de participación definido, tendrá un plazo máximo de un año, contado a partir del momento en que supera el límite, para adoptar las medidas necesarias para ajustar su participación en el mercado¹⁰⁹⁴.

6.1.4.2. Límites de participación vertical.

A) Generación:

- Ninguna empresa de generación puede tener acciones, cuotas o partes de interés social que representen más del 25% del capital social de una empresa de distribución¹⁰⁹⁵.
- Un generador puede desarrollar libremente la actividad de comercialización¹⁰⁹⁶.
- Los generadores, (o las empresas integradas verticalmente, es decir las que desarrollan conjuntamente las actividades de generación, distribución y comercialización)¹⁰⁹⁷ no podrán tener acciones, cuotas o partes de interés social,

¹⁰⁹⁴ *Ibidem*.

¹⁰⁹⁵ *Vid.* Artículo 6 de la Resolución CREG 128 de 17 de diciembre de 1996. Disponible en www.creg.gov.co

¹⁰⁹⁶ En efecto, la Ley 143 de 1994 determina que: “Las empresas que se constituyan con posterioridad a la vigencia de esta Ley, con el objeto de prestar el servicio público de electricidad y que hagan parte del sistema interconectado nacional no podrán tener más de una de las actividades relacionadas con el mismo, con excepción de la comercialización que puede realizarse en forma combinada con una de las actividades de generación y distribución”. *Cfr.* Artículo 74, Ley 143 de 1994. Disponible en www.creg.gov.co.

¹⁰⁹⁷ Las empresas integradas verticalmente son aquellas que, antes de la entrada en vigencia de Ley 143 de 1994, realizaban de forma simultánea las actividades de generación, distribución y comercialización. Estas empresas, pueden continuar con esta estructura empresarial gracias a la autorización establecida en el artículo 80 de la Ley 143 de 1994. No obstante, en la Resolución CREG 095 de 2007 se limitó su participación en otras empresas del sector,

que representen más del 15% del capital social de una empresa de transmisión nacional. Tampoco pueden, respecto a esa empresa de transmisión, tener posición de controlada y/o controlante. No obstante, pueden tener acciones, cuotas o partes de interés social, que representen más del 15% del capital de una empresa de transporte, siempre y cuando los ingresos de esta -por concepto de su actividad de transmisión- no representen más del 2% del total de ingresos por concepto de transmisión del STN¹⁰⁹⁸.

B) Transmisión:

- Ninguna empresa de transporte constituida a partir de 1994 puede desarrollar simultáneamente la actividad de generación, distribución y comercialización de electricidad¹⁰⁹⁹.
- ISA, como empresa encargada de la interconexión nacional en el momento de promulgación de la Ley 143 de 1994, no puede participar en las actividades de generación, distribución y comercialización¹¹⁰⁰.

en los siguientes términos: "...las empresas de servicios públicos constituidas con anterioridad a la vigencia de la Ley 143 de 1994, que tengan por objeto la prestación del servicio público de energía eléctrica en el Sistema Interconectado Nacional, no podrán absorber empresas de servicios públicos creadas con posterioridad a la vigencia de dicha Ley, que tengan por objeto desarrollar cualquiera las actividades de transmisión, generación y distribución de energía eléctrica". Cfr. Artículo 1, Resolución CREG 095 de 21 de noviembre de 2007. Vid. Artículo 80 de la Ley 143 de 1994. Normas disponibles en www.creg.gov.co

¹⁰⁹⁸ Vid. Letra c) del artículo 10 de la Resolución CREG 001 de 10 de enero de 2006 y Artículo 2 Resolución CREG 095 de 21 de noviembre de 2007. Disponibles en www.creg.gov.co

¹⁰⁹⁹ Vid. Artículo 3 de la Resolución CREG 001 de 2 de noviembre de 1994. Disponible en www.creg.gov.co

¹¹⁰⁰ Vid. Parágrafo 3, Artículo 32 de la Ley 143 de 1994. Disponible en www.creg.gov.co

- Todas las empresas constituidas como empresas de servicios públicos (E.S.P.) que deseen participar en los procesos de selección del plan de expansión del sistema de transmisión nacional deben tener como objeto exclusivo la actividad de transmisión nacional en el sector eléctrico¹¹⁰¹.

C) Distribución:

- Ninguna empresa de distribución puede tener acciones, cuotas o partes de interés social que representen más del 25% del capital social de una empresa de generación¹¹⁰².
- Los distribuidores no pueden tener acciones, cuotas o partes de interés social, que representen más del 15% del capital social de una empresa de transmisión nacional. No obstante, pueden tener acciones, cuotas o partes de interés social, que representen más del 15% del capital de una empresa de transmisión, siempre y cuando los ingresos de esta -por concepto de su actividad- no representen más del 2% del total de ingresos por transmisión del STN¹¹⁰³.
- Una empresa distribuidora puede tener acciones, cuotas o partes de interés social que representen más del 25% del capital social de una empresa

¹¹⁰¹ Vid. Artículo 8 de la Resolución CREG 001 de 10 de enero de 2006. Disponible en www.creg.gov.co

¹¹⁰² Vid. Artículo 6 de la Resolución CREG 128 de 17 de diciembre de 1996. Disponible en www.creg.gov.co

¹¹⁰³ Vid. Letra c) del artículo 10 de la Resolución CREG 001 de 10 de enero de 2006 y Artículo 2 Resolución CREG 095 de 21 de noviembre de 2007. Disponibles en www.creg.gov.co

integrada, siempre y cuando la empresa integrada no supere el 2% de participación en la actividad de generación. Si la empresa integrada, a 31 de diciembre de cada año, supera el límite establecido, el distribuidor que tenga acciones, cuotas o partes de interés en el capital de aquella, debe enajenar, dentro de los seis meses siguientes, las acciones, cuotas o partes de interés que superen el 25% , salvo que en el mismo plazo, la empresa integrada venda los activos de generación con los que supera el límite del 2% de participación en la actividad de generación¹¹⁰⁴.

- La actividad de distribución se puede realizar libremente con la actividad de comercialización¹¹⁰⁵.

D) Comercialización:

- Los comercializadores no pueden tener acciones, cuotas o partes de interés social, que representen más del 15% del capital social de una empresa de transmisión nacional. Tampoco pueden, respecto a esa empresa de transmisión, tener posición de controlada y/o controlante. No obstante, pueden tener acciones, cuotas o partes de interés social, que representen más del 15% del capital de una empresa de transporte, siempre y cuando los ingresos de esta -por concepto de su actividad de transmisión- no representen más del 2% del total de ingresos por concepto de

¹¹⁰⁴ Vid. Parágrafo, artículo 6 de la Resolución CREG 128 de 17 de diciembre de 1996. Disponible en www.creg.gov.co

¹¹⁰⁵ Vid. Artículo 74 de la Ley 143 de 1994. Disponible en www.creg.gov.co.

transmisión

del

STN¹¹⁰⁶.

- Como ya hemos mencionado, la comercialización de puede desarrollar libremente con la actividad de generación o con la actividad de distribución.

Para terminar, es necesario destacar que la regulación sectorial reitera el procedimiento a seguir en caso de ejecutarse una concentración, en los mismos términos definidos en la legislación de competencia colombiana. En este sentido, se puntualiza que se debe informar previamente ante la SIC todas las operaciones de fusión, consolidación, integración o adquisición de control, adjuntando la información pertinente y teniendo en cuenta las causales de objeción de la operación previstas en la ley¹¹⁰⁷.

¹¹⁰⁶ Vid. Letra c) del artículo 10 de la Resolución CREG 001 de 10 de enero de 2006 y Artículo 2 Resolución CREG 095 de 21 de noviembre de 2007. Disponibles en www.creg.gov.co

¹¹⁰⁷ En efecto, el artículo 4 de la Resolución CREG 042 de 1999, establece: “En los procesos de integración empresarial se observarán las siguientes reglas respecto de las disposiciones de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas: a) Operaciones que deben ser informadas: En los términos previstos en la legislación vigente, los casos de fusión, consolidación, integración o adquisición de control, deberán ser informados, previamente, a la autoridad competente. Se entenderá que existirá control cuando una de las entidades adquiera respecto de otra u otras las posibilidades señaladas en el numeral 4 del Artículo 45 del Decreto 2153 de 1992. b) Entidad a la que debe ser informada la operación de integración: La operación deberá ser informada a la Superintendencia de Industria y Comercio o al Superintendente de Industria y Comercio en los términos del Artículo 7 del Decreto 1165 de 1999, según corresponda. c) Información y documentos que deben allegarse: La información de la operación deberá hacerse en los términos y acompañarse de la documentación que la Superintendencia de Industria y Comercio haya señalado de manera general en desarrollo de lo previsto en el Artículo 240 del Decreto 1122 de 1999. d) Causales de objeción: El Superintendente de Industria y Comercio deberá objetar las operaciones de integración que le sean informadas, cuando: 1). Tiendan a producir una indebida restricción a la libre competencia en los términos del Parágrafo del Artículo 4 de la Ley 155 de 1959. Se entenderá que se presenta esa indebida restricción, entre otros, si se dan los supuestos de los Artículos 5 y 8 del Decreto 1302 de 1964: o; 2). Sean el medio para obtener posición de dominio en el mercado, según lo señalado en el Artículo 239 del Decreto 1122 de 1999. Se entenderá que se presenta posición de dominio cuando se configure lo previsto en el Numeral 5 del Artículo 45 del Decreto 2153 de 1992”. Cfr. Artículo 4 de la Resolución CREG 042 de 31 de agosto de 1999. Disponible en www.creg.gov.co

6.2. Operaciones de concentración en el sector eléctrico.

6.2.1. Introducción.

Las principales operaciones de concentración en el sector eléctrico colombiano se han llevado a cabo por los grupos empresariales más importantes, que participan en este sector; es decir, las Empresas Publicas de Medellín (EEPPM), Endesa, Colinversiones y el Estado colombiano.

Es necesario resaltar que -en un principio- estas operaciones de concentración eran la respuesta a la apertura a la inversión privada impulsada por la normativa de liberalización del sector; esto es: la Ley 142 y 143 de 1994. En este sentido, el Estado colombiano ha vendido parte de sus participaciones en empresas del sector a empresas extranjeras privadas y a otras empresas publicas de ámbito departamental o municipal, como es el caso de Empresas Publicas de Medellín (EEPPM)¹¹⁰⁸. Así las cosas, podemos afirmar que el sector eléctrico colombiano adoptó un modelo mixto, en el que actualmente participan empresas privadas, empresas públicas y otras que comparten capital público y capital privado.

Ahora bien, desde 1994 hasta la actualidad, todas las empresas participantes en operaciones de concentración, han gestionado adecuadamente su estrategia de crecimiento cumpliendo los límites a la participación en el mercado y en las empresas, fijados por la Ley y por las Resoluciones de la CREG¹¹⁰⁹. Esta circunstancia explica el

¹¹⁰⁸ Estos procesos de venta todavía continúan y, aunque no se han desarrollado con la dinámica deseada, cabe esperar que el Estado reduzca a mínimos su participación en el sector y destine los recursos recibidos a otro tipo de sectores en donde urge su acción directa.

¹¹⁰⁹ *Vid supra*. Apartado 6.1.4. del presente capítulo.

hecho de que la autoridad de competencia no ha tenido un protagonismo importante en la evaluación de estas operaciones.

En efecto, desde el año 2000, todas las operaciones de concentración del sector eléctrico que han sido comunicadas a la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), han sido aprobadas sin condiciones por esta autoridad¹¹¹⁰. Desafortunadamente, como ya hemos mencionado, el acceso al expediente está reservado a las partes y, por lo tanto, buena parte de sus Decisiones no se ha hecho pública. En este sentido, reiteramos nuestra crítica a esta reserva, que dificulta el conocimiento de las características del control de estas operaciones. No obstante, es nuestro propósito identificar estas características, basándonos en las particularidades de las concentraciones, que se expondrán junto con los conceptos relevantes en materia de control de concentraciones, aplicados al sector eléctrico colombiano¹¹¹¹.

Ahora bien, a nuestro entender, debe alabarse el hecho de que la regulación sectorial defina de manera previa los límites que deben respetar las empresas del sector, a la hora de ejecutar una operación de concentración. Este tipo de regulación otorga a las empresas seguridad jurídica en la planificación y ejecución de sus estrategias en materia de crecimiento empresarial. Además, implica que -de manera previa- el regulador sectorial ha establecido expresamente las condiciones de competencia deseadas para determinado mercado, simplificando así los procesos de control de las concentraciones, al estar obligadas las empresas a cumplir con las condiciones de competencia previamente establecidas y por todos conocidas. Pues bien, a continuación presentamos las características más importantes de estas operaciones:

¹¹¹⁰ La única concentración en el sector eléctrico a la que se ha opuesto la SIC fue la operación ISAGEN/EEPPM, efectuada en 1999, a la que haremos referencia posterior.

¹¹¹¹ *Vid. infra*. Apartado 7 del presente capítulo.

6.2.2. Operaciones del Grupo COLINVERSIONES.

Según el porcentaje de participación en el mercado, Colinversiones es el cuarto grupo empresarial en la generación de electricidad, el cuarto distribuidor y el quinto comercializador¹¹¹². En Colombia, este importante nivel de participación en el sector eléctrico es el resultado de recientes procesos de concentración efectuados por este grupo de inversión, en un periodo de tiempo inferior a dos años.

En efecto, desde el año 2007, las inversiones de este grupo empresarial en el sector de infraestructuras, se han centrado en el sector energético, con especial énfasis en el mercado de generación de electricidad. Pues bien, la intención de participar activamente en el sector eléctrico colombiano se evidencia al comprobar que, en marzo de 2009, las inversiones en el sector energético ascendieron al 53% de toda su cartera de inversión¹¹¹³.

Hasta la actualidad, la SIC ha considerado que ninguna de las concentraciones, ejecutadas por este grupo de inversión, genera una indebida restricción de la libre competencia y, por lo tanto, todas han sido autorizadas. En efecto, a pesar de la intensidad de sus procesos de concentración, Colinversiones aun no alcanza los límites a la participación en los mercados de generación, distribución y comercialización de electricidad, que fija la normativa y por esta razón, la autoridad de competencia no ha manifestado su oposición a ninguna de estas operaciones.

¹¹¹²Según información del 2008, Colinversiones tenía una cuota de mercado del 13% en la actividad de generación y 3.2% en la actividad de comercialización. No obstante, su participación en estos mercados se ha incrementado después de adquirir el control de la Empresa de Energía del Pacífico (EPSA). Vid. CHAIN ALVAREZ, Carmenza; *"Perspectivas de la Distribución y Comercialización de....."*, ob cit, dispositiva 21.

¹¹¹³ Vid. COLINVERSIONES; *"Informe y Balance 2008"*. Documento disponible en www.colinversiones.net

En este orden de ideas, las concentraciones llevadas a cabo por Colinversiones han sido las siguientes:

A) Colinversiones/Merilectrica S.A. E.S.P.: En julio de 2008, la sociedad Antioqueña de Inversiones S.A. (ADI), la empresa Inversiones e Industria S.A. (EI) y la Compañía Nacional de Inversiones (CNI), adquirieron mediante una permuta el 100% de las acciones de Merilectrica S.A. & Cía. S.C.A. E.S.P., Merilétrica S.A. y TLC International LDC. Es necesario tener en cuenta que TLC International era la dueña de los activos de generación de electricidad operados por Merilétrica S.A. E.S.P.: una planta de generación térmica a gas con una capacidad de 169 MW¹¹¹⁴.

Con posterioridad, en noviembre de 2008, Colinversiones, ADI, EI y la CNI celebraron una operación de fusión por absorción en la que ADI, EI y la CNI transfirieron en bloque a Colinversiones todos sus activos, pasivos y patrimonio¹¹¹⁵. De esta manera, Colinversiones pasó a ser el propietario único de los activos de generación que operaba Merilectrica S.A. E.S.P.¹¹¹⁶.

¹¹¹⁴ En la actualidad, esta planta atiende la demanda de electricidad proveniente de contratos de venta celebrados con comercializadores del Sistema Interconectado Nacional (SIN). Además de la producción de electricidad, Merilectrica S.A. E.S.P. también se dedica a la comercialización de gas natural. Fuente: Colinversiones: www.colinversiones.net

¹¹¹⁵ Vid. COMPAÑÍA COLOMBIANA DE INVERSIONES; “Informe de Fusión 2008”, pág. 11, documento disponible en www.colinversiones.net

¹¹¹⁶ Con anterioridad a esta operación, Colinversiones había adquirido el control de de Termoflores S.A. E.S.P., empresa generadora y comercializadora de electricidad con una capacidad instalada de 441 MW, que había iniciado sus operaciones en el sector eléctrico colombiano en 1993. Vid. COLINVERSIONES; “Informe y Balance....”, *ob cit*, disponible en www.colinversiones.net. Es necesario aclarar que las concentraciones ejecutadas por Colinversiones, fueron comunicadas a la Superintendencia Financiera de Colombia, porque según su objeto social, esta empresa es vigilada por esta Superintendencia. Esta circunstancia no es óbice para comunicar la concentración a la SIC. De hecho, conforme a la nueva normativa de competencia, la Superintendencia Financiera debe tener en cuenta en su evaluación el concepto (no vinculante) enviado por la autoridad de competencia. Vid. Ley 964 de julio

B) Colinversiones/Generar S.A. E.S.P.: En noviembre de 2008, Colinversiones adquirió -a través de una OPA- el 98,82% de la Sociedad Generar S.A. E.S.P. (Generar), dedicada a la producción de electricidad y a su comercialización. Generar era propietaria de la planta hidroeléctrica “Rio Piedras”, que tiene una capacidad instalada de 19,9 MW y que está operativa desde el año 2000. Además de la aprobación de la operación por parte de la SIC, la Superintendencia Financiera de Colombia aprobó la respectiva Oferta Pública de Adquisición, en noviembre de 2008¹¹¹⁷.

C) Colinversiones/Compañía Colombiana de Energía S.A.S./Generar S.A. E.S.P./Merilectrica S.A. E.S.P./Hidromontañitas S.A. E.S.P.: En diciembre de 2009 Colinversiones, la Compañía Colombiana de Energía S.A.S., Generar S.A. E.S.P., Merilectrica S.A. E.S.P. e Hidromontañitas S.A. E.S.P.¹¹¹⁸ llevaron a cabo una operación de fusión por absorción, en la que Generar, Merilectrica e Hidromontañitas transfirieron en bloque a Colinversiones todos sus activos, pasivos y patrimonio.

Mediante esta concentración, Colinversiones tenía el propósito de unificar todas sus inversiones previas en el sector eléctrico para convertirse en una empresa de servicios públicos, que operara directamente todos sus activos de energía. Del mismo modo,

8 de 2005, publicada en el DO 45.963 de 8 de julio de 2005; Decreto 4327 de noviembre 24 de 2005, publicado en el DO 46.104 de 26 de noviembre de 2005; Decreto 3139 de septiembre 12 de 2006, publicado en el DO 46.390 de 13 de septiembre de 2006; Decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, publicado en el DO 40.820 de 5 de abril de 1993; Art. 9, Ley 1340/09. Normas disponibles en www.superfinanciera.gov.co

¹¹¹⁷ Vid. Resolución de la Superintendencia Financiera de Colombia núm. 93848 de 12 de noviembre de 2008. No publicada.

¹¹¹⁸ Hidromontañitas es un proyecto de generación hídrico que actualmente ejecuta Colinversiones y que tendrá una capacidad instalada de 19,9 MW. Fuente: www.colinversiones.net

después de la fusión, Colinversiones simplificaría su estructura societaria, eliminando procesos y costos administrativos¹¹¹⁹.

Ahora bien, es necesario destacar que en el informe de la fusión elaborado por Colinversiones, se afirma que para la ejecución de esta operación no es necesario disponer del pronunciamiento previo de la SIC, ya que no concurrían los presupuestos previstos en el artículo 9 de la Ley 1340/09¹¹²⁰. Es decir, Colinversiones consideró que no era necesario el pronunciamiento previo de esta autoridad, debido a que (a pesar del monto de sus activos e ingresos) las empresas participantes en la concentración – conjuntamente- disponían de menos del 20% del mercado de generación de electricidad. Como ya hemos visto, en estos casos, la concentración se entiende autorizada sin que sea necesaria una evaluación formal de la autoridad de competencia¹¹²¹.

En este caso, compartimos la opinión de que no es necesaria la autorización previa de la SIC para ejecutar la concentración proyectada. No obstante, debemos precisar que Colinversiones -independientemente del trámite adelantado ante la Superintendencia Financiera- está obligada a comunicar a la SIC la operación ejecutada, no a efectos de su aprobación sino para cumplir con el deber de notificación consagrado en la normativa de competencia.

A nuestro modo de ver, no puede confundirse el deber de notificación con la necesidad de disponer de la autorización de la SIC a efectos de ejecutar la concentración. En efecto, el artículo 9 de la Ley 1340/09, dispone: “...*En los eventos en que los interesados cumplan*

¹¹¹⁹ Vid. COMPAÑÍA COLOMBIANA DE INVERSIONES; “Informe de Fusión 2009”, pág. 11, documento disponible en www.colinversiones.net

¹¹²⁰ Vid *supra*. Apartados 3 y 5 del presente capítulo y COMPAÑÍA COLOMBIANA DE INVERSIONES; “Informe de Fusión 2009”, pág. 11, disponible en www.colinversiones.net

¹¹²¹ Vid *supra*. Apartados 3 y 5 del presente capítulo.

con alguna de las dos condiciones anteriores (ingresos y activos superiores a 150.000 salarios mínimos) pero en conjunto cuenten con menos del 20% mercado relevante, se entenderá autorizada la operación. Para este último caso se deberá únicamente notificar a la Superintendencia de Industria y Comercio de esta operación”¹¹²². Por consiguiente, conforme a nuestra interpretación, la fusión ejecutada por Colinversiones debe entenderse autorizada, bajo el presupuesto de que la misma ha sido notificada a la autoridad de competencia¹¹²³.

D) Colinversiones/ Empresa de Energía del Pacífico S.A. E.S.P. (EPSA): En diciembre de 2009 Colinversiones adquirió -mediante una OPA- el 47,3% de las acciones de EPSA¹¹²⁴, empresa generadora, distribuidora y comercializadora de electricidad.

Mediante el control de EPSA, Colinversiones pretende equilibrar sus fuentes de producción de electricidad y adquirir una participación significativa en los mercados de distribución y comercialización, puesto que EPSA atiende, aproximadamente unos 410.000 usuarios.

Ahora bien, basándonos en las características de las concentraciones anteriormente descritas, es evidente que en los últimos dos años el objetivo de Colinversiones ha sido consolidar una posición relevante en el mercado de generación de electricidad. En este sentido, la adquisición de EPSA incrementa significativamente su participación en este mercado, pero también representa una adquisición de clientes en la actividad de comercialización.

¹¹²² Cfr. Artículo 9 de la Ley 1340/09, disponible en www.sic.gov.co. Negritas fuera del texto.

¹¹²³ Vid. *supra*. Apartado 3 del presente capítulo.

¹¹²⁴ EPSA es la quinta empresa generadora del país, con una capacidad instalada de 1.068 MW y cinco proyectos de expansión en ejecución que incrementan su capacidad de generación en un 26%.

Sobre la base de este comportamiento y las posibilidades de crecimiento existentes en el sector, no resulta infundado afirmar que es posible que a medio plazo Colinversiones alcance los límites de participación en el mercado permitidos por la regulación, como ya ha sucedido con EEPPM en los mercados de generación y comercialización. Si se cumple esta hipótesis es muy probable que se incremente el grado de concentración de la industria eléctrica, limitándose las oportunidades de los competidores en los proyectos de expansión de la capacidad de generación¹¹²⁵.

Respecto a este punto, compartimos la opinión de SANTA MARÍA, VON DER FEHR, MILLAN, BENAVIDES, GRACIA y SCHUTT, que destacan la necesidad de fortalecer la vigilancia de la actuación de las empresas en el mercado, papel que -a nuestro juicio- debe cumplir coordinadamente la CREG y la SIC. En efecto, los mencionados autores consideran que: “Es claro que para que los beneficios que supone el modelo actual se hagan efectivos, el mercado debe funcionar de la manera más competitiva posible, dadas las restricciones que imponen las características de mercado imperfecto propias del sector eléctrico. Por eso, las autoridades pertinentes deben proceder a fortalecer la vigilancia para prevenir el daño que algunos participantes experimentan a causa del ejercicio de poder de mercado.....es claro que cualquier aumento en la concentración del mercado de generación incrementa los incentivos para ejercer poder de mercado. Adicionalmente, no hay duda que, debido al estrechamiento del margen de reserva, el mercado se volvió uno de vendedores (sic), lo cual no cambiará mientras no entre capacidad adicional. Este

¹¹²⁵ En mayo y junio de 2008 se definieron, mediante el método de subasta, los proyectos de expansión en generación. Los generadores se comprometieron a instalar 3.419 MW entre 2012 y 2018, que corresponde al 25% adicional de la capacidad total instalada del país. *Vid.* ASOCIACION COLOMBIANA DE GENERADORES DE ENERGIA ELECTRICA (ACOLGEN); “*La Expansión de la Generación Eléctrica en Colombia: 2010-2018*”, ACOLGEN, 2008, pág. 14.

hecho resalta la importancia de fortalecer, desde el punto de vista técnico, presupuestal y de herramientas prácticas la vigilancia del mercado”¹¹²⁶.

6.2.3. Operaciones del Grupo Empresas Publicas de Medellín (EEPPM).

Empresas Publicas de Medellín (EEPPM) representa, en Colombia, el caso paradigmático de crecimiento empresarial, a partir de la apertura a la competencia de un sector económico anteriormente reservado a la organización y gestión pública. En efecto, 15 años después de iniciado el proceso de liberalización del sector eléctrico colombiano, EEPPM es la primer empresa de electricidad del país, según acredita su porcentaje de participación en los mercados de generación y comercialización (21,2% y 26.5%, respectivamente).

Este crecimiento empresarial se ha alcanzado mediante su fusión con otras empresas; adquisiciones de activos; adquisiciones de control a partir de la compra de acciones; participación en procesos de expansión de la oferta en generación, etc. Además, gracias a su participación en otros sectores económicos (telecomunicaciones, gas, acueducto y alcantarillado) es la undécima empresa más grande de Colombia con unos beneficios de 1.331.729 millones de pesos, en 2008¹¹²⁷.

A nuestro entender, EEPPM, empresa pública cuyo propietario es el Municipio de Medellín, ostenta con una posición de dominio en los mercados de comercialización y generación de electricidad. Esta posición de dominio es compartida con otros grupos

¹¹²⁶ Cfr. SANTA MARÍA, Mauricio; VON DER FEHR, Nils-Henrik; MILLAN, Jaime; BENAVIDES, Juan y otros; “El Mercado de la Energía Eléctrica en Colombia....”, *ob cit*, pág. 33, disponible en www.acolgen.org.co

¹¹²⁷ Vid. REVISTA SEMANA; “Las 100 Empresas más Grandes del País”, Publicaciones Semana, Edición de mayo 4, Bogotá, 2009, pág. 113.

empresariales; como, por ejemplo, Endesa. Ahora bien, para EEPPM la posibilidad de incrementar su posición de dominio, se encuentra restringida -acertadamente- por las resoluciones de la CREG, que limitan el crecimiento horizontal¹¹²⁸.

Así las cosas, resulta criticable -desde cualquier punto de vista- el reciente interés de EEPPM de concurrir a la venta de las participaciones que el Estado tiene en ISAGEN (empresa generadora y comercializadora). Nuestra crítica se encuentra más que justificada, si tenemos en cuenta que en 1999 la SIC se opuso a la misma operación, en el único pronunciamiento negativo que, hasta la fecha, la autoridad de competencia ha dictado en el sector eléctrico colombiano.

Asimismo, resulta sorprendente el interés del Gobierno de alcanzar un acuerdo directo con EEPPM sobre la venta de ISAGEN, sin atender a las graves consecuencias que generaría una operación de esta naturaleza, no solo para la competencia del sector, sino para la confianza y credibilidad del marco regulatorio del sector eléctrico colombiano.

Pues bien, seguidamente presentaremos las principales operaciones de concentración ejecutadas por EEPPM en el sector eléctrico, todas ellas aprobadas por la SIC, puesto que no representaban ningún riesgo para la competencia del sector, a excepción de la operación EEPPM/ISAGEN.

A) EEPPM/ISAGEN.

En 1999 la SIC se opuso a la operación de concentración que EEPPM pretendía realizar con ISAGEN, empresa generadora y comercializadora de electricidad, con una capacidad instalada de 2.132 MW, equivalente al 16% de la capacidad total de generación del Sistema Interconectado Nacional. EEPPM pretendía adquirir el 57% de las acciones que

¹¹²⁸ *Vid. supra.* Apartado 6.1.4.1. del presente capítulo.

el Estado tenía en ISAGEN. De esta manera, EEPPM alcanzaría una capacidad instalada de generación equivalente a 3.815 MW/h.

En el análisis de esta concentración, la SIC tuvo en cuenta la limitación a la participación horizontal fijada en la Resolución CREG 042 de 1999, que establece que ninguna persona natural o jurídica puede incrementar -directa o indirectamente- su participación en el mercado de generación -mediante cualquier tipo de concentración empresarial- cuando el total de los MW de su capacidad neta sea superior a la franja de potencia calculada por la CREG¹¹²⁹.

La franja de potencia calculada por la CREG en 1999 fue 3679 MW/h¹¹³⁰; valor que – efectivamente- era inferior a la capacidad instalada que EEPPM tendría si se ejecutase la concentración propuesta (3.815 MW/h). En este orden de ideas, la SIC –de forma acertada- se opuso a la ejecución de esta concentración, toda vez que consideró que violaba uno de los límites de participación horizontal establecidos por la regulación del sector eléctrico.

En punto a esta decisión de la autoridad de competencia, es importante resaltar que los límites de participación horizontal establecidos por la CREG, para el mercado de generación (25% de participación en el mercado o capacidad instalada inferior a la franja de potencia), son independientes uno del otro. Es decir, según la decisión de la SIC, aunque en 1999 la participación de EEPPM en el mercado de generación no se acercaba

¹¹²⁹ *Vid. supra*. Apartado 6.1.4.1. del presente capítulo. Recordamos que la franja de potencia es el resultado de restar la demanda máxima promedio anual de energía de la disponibilidad promedio anual. *Vid.* Artículo 1 y 3, Resolución CREG 042 de 1999, disponible en www.creg.gov.co.

¹¹³⁰ *Vid.* MIRANDA LONDOÑO, Alfonso y GUTIERREZ RODRÍGUEZ, Juan David; “El Control de las Concentraciones Empresariales en....”, *ob cit*, pág. 99, disponible en http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Juridicas/menu_lat/inv_centro_comp.htm

al 25% (como ocurre ahora), la ejecución de una concentración mediante la cual la capacidad instalada adquirida es superior a la franja de potencia, no era aceptable, a pesar de no tener una posición de dominio en el sector¹¹³¹. En nuestra opinión, es muy importante tener claro este criterio de la SIC, ya que es la piedra angular de nuestra posición, en relación a una posible concentración EEPPM/ISAGEN que se planteara de nuevo en la actualidad.

En efecto, es un hecho que el Estado colombiano venderá este año su participación mayoritaria en ISAGEN. Razones fiscales motivan esta decisión, en particular, la búsqueda de recursos para reducir el déficit fiscal¹¹³². Asimismo, es un hecho que ISAGEN ha despertado el interés de numerosos inversionistas, nacionales y extranjeros, toda vez que esta empresa es la tercera generadora de electricidad del país, con una capacidad instalada de 2.132 MW y una participación en el mercado de generación equivalente al 16% de la capacidad total del Sistema Interconectado Nacional¹¹³³.

Así las cosas, la adquisición de ISAGEN, por parte de EEPPM, aumentaría la participación de esta empresa en aquella hasta el 70,61% , ya que en la actualidad

¹¹³¹ La venta de la participación del Estado en ISAGEN fue suspendida por la Corte Constitucional en el año 2000, debido a una acción de tutela interpuesta por EEPPM contra la Nación, el Ministerio de Minas y Energía y la CREG. En su sentencia la Corte protegió el interés de EEPPM quien, debido a su exclusión en el proceso de venta de ISAGEN, alegaba una vulneración de los derechos de igualdad, libertad de empresa, debido proceso y derecho de asociación. La Corte respaldó los argumentos de EEPPM y, en consecuencia, concedió, transitoriamente, la tutela presentada. *Vid.* Sentencia de la Corte Constitucional SU-1193 de 14 de septiembre de 2000. Disponible en www.corteconstitucional.gov.co

¹¹³² *Vid.* REVISTA DINERO; “Fiebre de Energía”, Publicaciones Semana, noviembre 3, 2009, disponible en http://www.dinero.com/edicion-impresa/caratula/fiebre-energia_65081.aspx

¹¹³³ Fuente: ISAGEN. Información disponible en www.isagen.com.co

EEPPM cuenta con una participación en ISAGEN del 12,95%¹¹³⁴. Asimismo, la participación de EEPPM en el mercado de generación aumentaría, aproximadamente, hasta el 35% de la capacidad total nacional. Además EEPPM también incrementaría su elevada participación en el mercado de comercialización.

Ahora bien, el debate relacionado con la participación de EEPPM en el proceso de venta de las acciones del Estado en ISAGEN, se centra en determinar si EEPPM puede participar en este proceso de venta, teniendo en cuenta su posición de dominio en los mercados de generación y comercialización. Sobre este particular, entendemos que no es cierto (como afirma EEPPM¹¹³⁵) que la Resolución 060 de 2007, que modificó la forma de calcular el límite máximo permitido en la participación en el mercado de generación (25%), haya derogado la resolución 042 de 1999, que fijó como límite a la participación la franja de potencia definida por la CREG¹¹³⁶.

A nuestro modo de ver, estas dos resoluciones se encuentran vigentes y ambas son aplicables de forma complementaria. Por lo tanto, cualquier concentración en el sector

¹¹³⁴ *Ibidem*.

¹¹³⁵ Vid. PERIODICO EL COLOMBIANO; “La Venta de ISAGEN Sigue en la Oscuridad”, artículo publicado el 8 de noviembre de 2009. Disponible en http://www.elcolombiano.com/BancoConocimiento/V/venta_de_isagen_sigue_en_la_oscuridad/venta_de_isagen_si_gue_en_la_oscuridad.asp

¹¹³⁶ El artículo 7 de la Resolución CREG 060 de 2007, se refiere a las normas derogadas expresamente por esta resolución y en ningún lugar se hace referencia al artículo 3 de la resolución 042 de 1999, que fija como limitante la franja de potencia. En efecto, en este artículo se establece: “Derogatoria Expresa. Derogase el Artículo 3 de la Resolución CREG-128 de 1996, modificado por el Artículo 2 de la Resolución CREG-042 de 1999 y por el Artículo 2 de la Resolución CREG-001 de 2006”. Cfr. Artículo 7 de la Resolución CREG 060 de 2007, disponible en www.creg.gov.co.

eléctrico debe respetar ambos límites: el límite fijado por la Resolución 042 de 1999 y el límite fijado por la Resolución 060 de 2006.

En este orden de ideas, la participación de EEPPM en el proceso de venta dependerá de si este proceso se lleva a cabo mediante el criterio de venta en bloque o de venta fraccionada. En caso de que las participaciones del Estado en ISAGEN se vendan en bloque, la participación de EEPPM no será posible, ya que si resultase favorecida, superaría los límites de participación en el mercado de generación y comercialización permitidos por la regulación sectorial.

Si, por el contrario, la venta se realiza de forma fraccionada la adquisición de capacidad de generación y comercialización por parte de EEPPM solamente sería viable hasta alcanzar los límites de participación permitidos por la regulación sectorial.

Es necesario resaltar que la posibilidad de que EEPPM adquiriera ISAGEN de forma directa del Gobierno Nacional lesionaría el marco constitucional, legal y regulatorio vigente en el sector eléctrico. En efecto, de concretarse esta operación, el Estado incumpliría su deber constitucional de procurar la competencia efectiva, al superarse los límites de participación que fueron fijados para evitar –precisamente- la consolidación de posiciones de dominio potencialmente anticompetitivas¹¹³⁷.

Por su parte, el marco institucional y regulador del sector eléctrico perdería toda su credibilidad, al ser vulnerado por el propio sector público –Gobierno Nacional y

¹¹³⁷ A nuestro juicio, un grupo empresarial con una participación del 35% en el mercado de generación, con una participación del 10% en la principal empresa transportadora de electricidad, con una participación en el mercado de comercialización superior al 25%, con una participación también elevada en el sector de distribución, tiene una posición de dominio que puede ser anticompetitiva, teniendo en cuenta el modelo de competencia diseñado por el regulador sectorial en el ejercicio de sus deberes legales y constitucionales.

Gobierno Municipal-, actores que -en teoría- deben ser los más cautelosos por su debido respeto. En efecto, una vulneración de esta naturaleza tendría graves repercusiones en la confianza que depositan los inversionistas en las instituciones del sector y en el rigor a la hora de aplicar las normas que regulan el sector. Dicho con otras palabras, el capital privado necesario para el desarrollo de este tipo de infraestructuras, se alejaría por una simple cuestión de credibilidad. A este respecto, no hay que olvidar que ha sido la confianza en el marco institucional y regulatorio vigente, la que ha permitido la evolución y el crecimiento del sector eléctrico colombiano.

Por todas estas razones, consideramos que en el proceso de venta de las acciones del Estado en ISAGEN -como oportunidad idónea para fortalecer la competencia en el sector- debe favorecerse la entrada de nuevas empresas, distintas de los tres operadores dominantes en el sector de generación y comercialización de electricidad¹¹³⁸.

Para concluir, desde nuestro punto de vista, si se materializa la operación EEPPM/ISAGEN, la SIC -en el momento procesal pertinente- debe oponerse enérgicamente a la concentración. En efecto, sobre la base de los cambios recientes en la legislación de competencia, la SIC debería, mediante una decisión pública, dar a conocer

¹¹³⁸ El Departamento Nacional de Planeación (DNP) elaboró en el 2004 un documento en el que se fijaba la estrategia a seguir en el proceso de enajenación de participaciones de la nación en entidades públicas y privadas. Así pues, en línea con nuestra posición sobre la participación del sector público en el sector eléctrico, en este documento se resaltaba que: “Los procesos de vinculación de capital privado al sector eléctrico han proveído recursos para sanear las finanzas y adelantar nuevas obras de infraestructura en cabeza del Gobierno Nacional y de las entidades territoriales. Así mismo, se han logrado mejoras en la atención al usuario de los servicios públicos, así como incrementos en la competencia y, en la mayoría de los casos, aumentos en la eficiencia”. Del mismo modo, el DNP reveló que como resultado de procesos de capitalización o venta, al 2004, el sector privado había invertido en el sector eléctrico un total de 5015 millones de dólares. *Cfr.* DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN; “Estrategia para Adelantar un Programa de Aprovechamiento de Activos y Enajenación de Participaciones de la Nación y sus Entidades en Empresas Públicas y Privadas”, Documento del Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES) núm. 3281, 19 de abril de 2004, pág. 13. Disponible en www.dnp.gov.co

detalladamente los fundamentos de su decisión, aprovechando la oportunidad para evaluar a fondo las condiciones de competencia en el sector eléctrico.

B) EEPPM/ Central Hidroeléctrica de Caldas S.A. E.S.P./Empresa de Energía del Quindío.

El 30 de julio de 2002, la SIC autorizó la adquisición de control de EEPPM sobre la Central Hidroeléctrica de Caldas S.A. E.S.P. (CHEC) y la Empresa de Energía del Quindío (EDEQ). Esta última era la principal empresa distribuidora y comercializadora en el departamento de Quindío, mientras que la CHEC era la principal empresa de generación, distribución y comercialización del departamento de Caldas

Mediante esta operación, aprobada sin condiciones por la autoridad de competencia¹¹³⁹, EEPPM adquirió el 56% de las acciones de la CHEC y el 66,3% de las acciones de la EDEQ. De esta manera, EEPPM sumó a su cartera comercial 465.000 clientes en los departamentos de Quindío, Caldas y Risaralda y aumentó su participación en el mercado de generación hasta el 22%.

El perfil de esta operación es muy similar a la que EEPPM ejecutaría en el 2009 con Centrales Eléctricas de Norte de Santander y la Electrificadora de Santander, a las que haremos seguida referencia. En estas concentraciones, EEPPM se convierte en el principal accionista de empresas regionales de electricidad dedicadas, principalmente, a la distribución y comercialización de electricidad. De esta manera, EEPPM alimenta su cartera de usuarios aprovechando las oportunidades de crecimiento en distribución y comercialización, en particular, penetrando en nuevos mercados regionales, donde previamente no tenía presencia alguna¹¹⁴⁰.

¹¹³⁹ Vid. Expediente SIC número 02034032 de noviembre de 2002. No publicado.

C) EEPPM/Centrales Eléctricas de Norte de Santander (CENS)/Electrificadora de Santander (ESSA).

En febrero de 2009, EEPPM adquirió la participación accionarial del Estado en las dos empresas de electricidad de los departamentos de Norte de Santander y Santander; es decir, en Centrales Eléctricas de Norte de Santander (CENS) y en Electrificadora de Santander (ESSA). De esta manera, EEPPM se convirtió en el titular del 74% de las acciones de ESSA y del 78% de las acciones de CENS.

Pues bien, CENS participa en los mercados de transporte, distribución y comercialización de electricidad, mientras que ESSA desarrolla estas tres actividades, así como la actividad de generación. Es necesario destacar que estas dos empresas son los principales operadores departamentales en las actividades de distribución y comercialización de electricidad.

Mediante esta operación, aprobada sin condiciones por la SIC¹¹⁴¹, EEPPM también paso a ser el operador de dominante en los mercados de distribución y comercialización de los departamentos de Santander y Norte de Santander. Merced a esta concentración, EEPPM

¹¹⁴⁰ No obstante, es necesario resaltar que EEPPM comenzó su crecimiento en la actividad de distribución en su propio departamento, mediante la concentración con la Empresa Antioqueña de Energía (EADE) en el año 2000. En efecto, el 30 de abril de 2000, la SIC autorizó la concentración mediante la que EEPPM paso a ser propietaria del 59.69% de las acciones de EADE. De esta manera, EEPPM se convirtió en el principal distribuidor de electricidad en el departamento y comenzó la búsqueda de nuevos “mercados regionales” en los que crecer, especialmente en las actividades de distribución y comercialización de electricidad. *Vid.* Expediente SIC número 00014685 de abril de 2000. No publicado.

¹¹⁴¹ *Vid.* Expediente SIC número 08130856 de febrero de 2009. No publicado.

incorporó a su cartera, aproximadamente 870.000 nuevos usuarios y atiende el 25% de la demanda de electricidad.

Así las cosas, además de su posición de dominio en el mercado de generación, EEPPM también consolida esta posición en los mercados de distribución y comercialización de electricidad, gracias a sus cuotas de mercado en los departamentos de Antioquia, Quindío, Caldas, Risaralda, Santander y Norte de Santander.

En conclusión, consideramos necesario reiterar que, teniendo en cuenta las perspectivas de crecimiento del sector eléctrico en los próximos años, rechazamos la participación de esta empresa en procesos de concentración que le otorguen una participación superior a la permitida por la regulación sectorial. Además, consideramos que la SIC, aprovechando el proceso de venta de ISAGEN, debe pronunciarse expresamente sobre la posibilidad de que las empresas dominantes del sector, como EEPPM o Endesa, participen en estos procesos de concentración.

6.2.4. Operaciones del Grupo Endesa.

En Colombia, el Grupo Endesa participa en las actividades de generación, distribución y comercialización de electricidad. Esta participación –superior al 21% en las tres actividades- se aproxima a los límites máximos permitidos por la regulación sectorial. Por este motivo, es acertado afirmar que Endesa tiene una posición de dominio en los respectivos mercados del sector eléctrico en los que participa.

A nuestro entender, la posición de dominio alcanzada por el Grupo Endesa obedece a que su estrategia de entrada en el sector eléctrico se llevó a cabo, mediante la adquisición de una importante participación accionarial en una de las principales empresas municipales de electricidad existentes en el país: la Empresa de Energía de Bogotá (EEB).

La entrada de Endesa en el sector eléctrico colombiano, a través de la EEB, le permitió adquirir directamente el importante porcentaje de participación en el sector que esta última empresa poseía, sin necesidad de ejecutar numerosas operaciones de concentración para aumentar su participación en el sector. Así pues, actualmente, el Grupo Endesa solamente ha ejecutado 2 operaciones de concentración (con Termocartagena y Betania), que han sido autorizadas sin condiciones por la autoridad de competencia. Estas operaciones estaban dirigidas –fundamentalmente- a la adquisición de fuentes de producción térmica, ya que la mayor parte de la capacidad instalada de Endesa proviene de fuentes hídricas¹¹⁴².

En este orden de ideas, si en el apartado anterior afirmamos que EEPPM representaba el caso paradigmático de participación pública en el sector eléctrico colombiano, Endesa constituye el caso paradigmático de participación privada en el sector eléctrico de Colombia.

En efecto, en la actualidad Endesa es la primera empresa multinacional de energía en Latinoamérica y es el segundo grupo energético en Colombia por detrás de EEPPM, con importantes cuotas de participación en el mercado que le otorgan una posición de dominio. A continuación presentamos el proceso de participación del Grupo Endesa en el sector eléctrico colombiano:

A) Grupo Endesa/Empresa de Energía de Bogotá (EEB)-Emgesa/Betania-Emgesa/Termocartagena.

¹¹⁴² En efecto, de las 11 centrales de generación pertenecientes a Endesa, solamente 2 son de carácter térmico, lo que significa que el 87% de su capacidad de generación es hídrica. *Vid.* DUFF & PHELPS DE COLOMBIA; Documento de calificación de bonos emitidos por Emgesa, 27 de junio de 2008, disponible en <http://www.bnamericas.com/cgi-bin/getresearch?report=64291.pdf&documento=585877&idioma=E&login=>

En la década de los 90, la EEB era una empresa pública de electricidad, integrada verticalmente que, al igual que otras empresas publicas del sector, se encontraba sumida en una profunda crisis económica e institucional. Estas circunstancias se traducían en un elevado endeudamiento, la imposibilidad de realizar nuevas inversiones y la prestación de un servicio de baja calidad¹¹⁴³.

La única forma de resolver esta situación fue mediante la asunción de la deuda por parte del Estado colombiano, que -aprovechando el nuevo marco legal del sector- decidió vender a inversionistas privados su participación en la EEB, separando en negocios independientes las actividades de generación, transmisión y distribución de electricidad.

De esta manera, en 1997 se creó Emgesa S.A. ESP, empresa de generación de electricidad en la que el Grupo Endesa adquirió el 48.5% de la participación accionarial. En el mismo año también se creó Codensa S.A. ESP¹¹⁴⁴, empresa de distribución y comercialización, en la que el Grupo Endesa adquirió el mismo porcentaje de participación¹¹⁴⁵.

¹¹⁴³ La situación financiera de la EEB era de tal gravedad que en 1995, el 100% de los ingresos únicamente servían para pagar el 80% de los intereses de la deuda. Fuente: Codensa: www.codensa.com.co

¹¹⁴⁴ En el proceso de capitalización, Endesa aportó 1.200 millones de dólares por el 48.5% de las acciones de Codensa. Fuente: Codensa: www.codensa.com.co

¹¹⁴⁵ Para respetar los límites a la integración vertical impuestos por la regulación sectorial, la participación del Grupo Endesa en Emgesa y Codensa se estructura fraccionadamente a través de filiales. La participación de Endesa en Emgesa está representada por Endesa Latinoamerica S.A. con una participación del 21,61% y por Empresa Nacional de Electricidad S.A. con una participación del 26,87%. Por su parte, en Codensa, la participación de Endesa España está representada por Endesa Internacional S.A. con una participación del 26.66%, Enersis S.A. con el 12.46% y Chilectra S.A. con un 9.35%. Ahora bien, el negocio de transporte de electricidad quedó en manos de la EEB, actividad que actualmente realiza como su negocio principal. No obstante, la EEB aun mantiene una participación significativa en Emgesa y Codensa, correspondientes al 37,4% y al 51,5%, respectivamente. Fuente: Empresa de Energía de Bogotá: www.eeb.com.co

En relación a Codensa, es necesario destacar que es la principal empresa distribuidora y comercializadora de electricidad en Colombia. En el año 2007, esta empresa atendía -en el mercado regulado- a 2.208.559 usuarios, principalmente en Bogotá y 96 municipios de los departamentos de Cundinamarca, Boyacá y Tolima. Este número de usuarios le otorgaba a la empresa -en aquel año- una cuota de participación en el mercado de distribución equivalente al 22%¹¹⁴⁶.

Por su parte, Emgesa es la segunda empresa de generación de electricidad en Colombia, con una capacidad instalada de 2.895 MW, equivalente al 21% del mercado de generación. Una de las razones que explican esta elevada capacidad de generación es que Emgesa también ha participado en dos procesos de concentración con otras empresas generadoras, que le ha permitido incrementar su capacidad en 727 MW, hasta alcanzar la capacidad de producción total anteriormente mencionada.

A este respecto, hay que indicar que, en septiembre de 2007, Emgesa llevo a cabo una operación de fusión por absorción con “Betania S.A. ESP”, empresa hidroeléctrica de generación, que le permitió incorporar 541 MW adicionales a su capacidad de producción. Asimismo, en marzo de 2006, Emgesa adquirió activos de generación térmica de la empresa “Termocartagena S.A. ESP”, por un valor de 17 millones de dólares, que le permitieron aumentar en 186 MW su capacidad de producción.

En la actualidad, Emgesa desarrolla un importante proyecto de generación hidroeléctrica (Hidroeelctrica del Quimbo), que le permitirá aumentar su capacidad de generación en 400 MW adicionales. Así pues, mediante la ejecución de este proyecto, Emgesa alcanzará la máxima participación posible en el mercado de generación¹¹⁴⁷.

¹¹⁴⁶ Fuente: Empresa de Energía de Bogotá: www.eeb.com.co

En atención a que en breve plazo las principales empresas del sector (EPPM y Engesa) alcanzarán la máxima cota de participación permitida (25%), nos permitimos sugerir que en los futuros procesos de expansión de la capacidad de generación, deben adoptarse criterios que incentiven la entrada de nuevos competidores en el mercado.

En efecto, a nuestro modo de ver, un mecanismo idóneo para introducir una mayor competencia en el mercado de generación es que la venta de las participaciones que aún posee el Estado en este mercado -y que corresponde a un 30%- debe reservarse a nuevos competidores o, al menos, a empresas distintas de EEPPM y de Emgesa.

Es probable que tal medida produzca un enérgico rechazo entre las empresas afectadas (teniendo en cuenta, por ejemplo, la reacción de EEPPM cuando se planteó que no podría participar en la venta de ISAGEN), pero con fundamento en las condiciones de competencia establecidas por la CREG, consideramos que una medida de tal naturaleza es la mejor opción para alcanzar la competencia deseada en el mercado de generación eléctrica en Colombia.

A este respecto debemos recordar que los límites al crecimiento horizontal y vertical fijados en las resoluciones de la CREG determinan las condiciones de competencia que el regulador sectorial desea para este sector y, en consecuencia, todas las empresas deben tener presente este marco regulatorio a la hora de participar en aquel. En este sentido, mediante la venta de sus participaciones, el Estado colombiano tiene la posibilidad de fomentar la consolidación de un mercado eléctrico más competitivo. Así pues, con fundamento en este razonamiento, podría justificarse una medida discriminatoria de tal naturaleza.

¹¹⁴⁷ Fuente: Emgesa: www.emgesa.com.co

Por otra parte, así como rechazamos la posibilidad de que EEPPM adquiriera las participaciones del Estado en ISAGEN, también rechazamos la misma posibilidad con relación a Emgesa. En efecto, si el Estado colombiano tiene en cuenta la estructura de propiedad de las empresas del sector eléctrico y, además, cumple con las exigencias de la regulación sectorial, ninguna de las dos empresas dominantes del mercado de generación pueden adquirir las citadas participaciones.

En suma, consideramos que la adjudicación de las participaciones del Estado en ISAGEN, cuyo procedimiento –actualmente- se desconoce, es la oportunidad idónea para mitigar la excesiva concentración del sector favoreciendo la entrada de nuevos competidores. Asimismo, será la prueba más importante para las autoridades encargadas de la regulación sectorial, del control y vigilancia de las empresas y del cumplimiento de las normas de competencia (CREG, SSPD, SIC), que deberán asumir la defensa del marco regulatorio, ante la posible intención del Gobierno de favorecer a EEPPM -o incluso a otra empresa pública- en la adquisición de sus participaciones en ISAGEN¹¹⁴⁸.

7. Características del control de concentraciones en el sector eléctrico colombiano.

7.1. La institucionalización de una autoridad única de control.

A partir del estudio de la regulación europea y española, hemos tenido la oportunidad de constatar que uno de los pilares fundamentales de cualquier sistema moderno de control de concentraciones, es la determinación de la autoridad competente para evaluar este tipo de operaciones.

¹¹⁴⁸ Posibilidad que previamente hemos rechazado y criticado en los términos ya conocidos. *Vid. Supra.* Apartado 6.2.3 del presente capítulo.

En este sentido, cobra singular importancia que el análisis de los efectos de la operación, en materia de competencia, sea responsabilidad de una autoridad **única**, independientemente de que en el proceso de ejecución de la concentración intervengan otras autoridades. Entre ellas, las responsables de tramitar OPAS, las responsables de presentar informes en función de su competencia sectorial, como la CNE (en el caso de España) o la CREG (en el caso colombiano).

Sobre la base de esta distinción, consideramos oportuno resaltar que tratándose de concentraciones en el sector eléctrico colombiano –y en general en cualquier servicio público domiciliario-, una de las principales deficiencias del sistema nacional de control de concentraciones, eran las dudas que existían sobre la autoridad competente para abordar el análisis de estas operaciones.

Durante el periodo 1999-2004, a la luz de la interpretación de la normativa vigente y de la jurisprudencia, no existía unanimidad en torno a si la SIC, en su calidad de autoridad nacional de competencia, era la competente para conocer los procesos de concentración en el sector de los servicios públicos. También influía en la discusión el hecho de que, en el sector eléctrico y en el sector del gas, existía una autoridad especial de vigilancia y control -la SSPD- y una comisión de regulación sectorial, la CREG, cuyas competencias en la materia no estaban del todo claras.

En efecto, después de revisar las múltiples consultas formuladas en este sentido a la SSPD y la CREG, era evidente la incertidumbre existente entre empresas y particulares, pero también –sorprendentemente- no existía un criterio uniforme entre las mismas autoridades.

En un principio, la SSPD sostuvo que la autoridad que debía ser informada de la correspondiente concentración, a efectos de su control, era la Superintendencia de Sociedades (SS), debido a que -en la legislación vigente- no existía una norma que

expresamente le asignara el control de estas operaciones a la SSPD. Así pues, con fundamento en el principio de competencia residual asignado a la SS, la función de control de concentraciones entre empresas de servicios públicos, recaía en esta autoridad¹¹⁴⁹.

Posteriormente, con fundamento en la declaración de inexequibilidad¹¹⁵⁰ de algunas normas, que sustentaban la competencia de la SIC en materia de control de concentraciones, la SSPD modificó su criterio y consideró que la autoridad competente era la comisión de regulación sectorial, es decir, la CREG¹¹⁵¹.

¹¹⁴⁹ La SSPD defendía esta tesis en los siguientes términos: "...de acuerdo con los artículo 228 de la Ley 222 de 1995 y 22 del Decreto Ley 1080 de 1996, que prevén lo que se ha denominado "competencia residual", las facultades asignadas a la Superintendencia de Sociedades en materia de vigilancia serán ejercidas por la Superintendencia que ejerza la vigilancia sobre la respectiva sociedad, si dichas facultades le están expresamente asignadas, en caso contrario, corresponderá a la Superintendencia de Sociedades desarrollar tales facultades, regla de la cual se exceptúan únicamente a las sociedades sujetas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria y de Valores...". Cfr. Concepto de la SSPD 356 de 1999. El resaltado es nuestro. Disponible en www.superservicios.gov.co.

¹¹⁵⁰ La declaración de inexequibilidad de una norma hace referencia a la imposibilidad de ser aplicable debido a su inconstitucionalidad. Como afirma el Consejo de Estado, la declaratoria de inexequibilidad "...se hace en el sentido de que la ley o la norma acusada nació viciada de inconstitucionalidad, que ha vivido con ese vicio y que por tal causa jamás ha debido ser dictada y menos ser ejecutada...Es decir que es la existencia de la inexequibilidad la que produce la decisión de que la norma encontrada inconstitucional no pueda ser ejecutada, no puede producir efectos, y que los que se produzcan carecen de causa". Cfr. Sentencia del Consejo de Estado, Expediente N°. 7945, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Consejero Ponente: Germán Ayala Mantilla, 6 de diciembre de 1996. Disponible en <http://www.consejodeestado.gov.co/>. En punto a los efectos de la declaración de inexequibilidad Vid. Sentencia de la Corte Constitucional C-501 de 5 de mayo 2001, disponible en

¹¹⁵¹ En sus más recientes pronunciamientos, la SSPD sostenía que ni ella, ni la SIC, tenían atribuciones legales para asumir el control previo de una concentración entre empresas de servicios públicos por existir una regulación especial que facultaba a la CREG a ejercer este control. En este sentido, para la Superintendencia, solo en el caso que la autoridad sectorial tuviese indicios de violación de normas del régimen de servicios públicos, podría pedir a la SSPD que iniciara una investigación y, eventualmente, imponer la sanción correspondiente. Vid. Concepto SSPD

Por su parte, con fundamento en una interpretación distinta de la normativa y la jurisprudencia, la CREG no compartía el criterio de la SSPD y defendía la competencia de la SIC para ejercer el control previo de concentraciones, en su calidad de autoridad nacional de competencia.

En efecto, como hemos mencionado, uno de los principales aspectos que alimentaban la discusión entre la CREG y la SSPD, era la declaratoria de inexecutable por la Corte Constitucional, de los Decretos 1165 y 1122 de 1999. Estos Decretos -entre otras normas- servían de sustento jurídico a la Resolución CREG 042 de 1999, que en su artículo 4, asignaba a la SIC la competencia del control de concentraciones en el sector energético.

En este sentido, la SSPD apoyaba la tesis de que, como consecuencia de la declaratoria de inexecutable, el artículo 4 de la Resolución CREG 042 no estaba vigente y -por lo tanto- la SIC no tenía la competencia del control de concentraciones en el sector. De manera acertada, la CREG negaba la validez de esta tesis al considerar que no podía afirmarse que la competencia de la SIC, para abordar el control de concentraciones, únicamente se sustentase en los Decretos 1165 y 1122 de 1999, sino que esta facultad se sustentaba en otras normas (la Ley 689/2001, 155/1959 y el Decreto 1302/1964) que, al estar vigentes, legitimaban la competencia de la SIC en la materia¹¹⁵².

506 de 2004. El resaltado es nuestro. En el mismo sentido de este Concepto *Vid.* Concepto SSPD 234 de 2004; Concepto SSPD 074 de 2004; Concepto SSPD 093 de 2004; Concepto SSPD 031 de 2004; Concepto SSPD 527 de 2003. Disponibles en www.superservicios.gov.co *Vid.* Comunicación presentada por la SIC ante la SSPD, mediante el radicado número 03080469 de 2003, disponible en www.sic.gov.co.

¹¹⁵² *Vid.* Concepto CREG 4570 de 30 de diciembre de 2002. *Vid.* Letra b) del artículo 4 de la Resolución CREG 042 de 1999. Información disponible en www.creg.gov.co. *Vid.* Sentencia de la Corte Constitucional C-969 de 1 de diciembre de 1999, disponible en www.corteconstitucional.gov.co.

En la práctica, las empresas del sector acogieron el criterio de la CREG. De modo que la mayoría de las concentraciones de empresas ejecutadas en el sector eléctrico fueron notificadas a la SIC.

La problemática anteriormente expuesta, que afectaba a la solidez del sistema colombiano de control de concentraciones, fue convenientemente resuelta por la Ley 1340/2009, que actualizó aspectos relevantes del Derecho de la competencia nacional; a saber: la intervención de terceros en prácticas comerciales restrictivas, la abogacía de la competencia, la aplicación de la ley de competencia a las asociaciones empresariales, etc.

Como ya hemos expuesto previamente¹¹⁵³, mediante el artículo 9 de la Ley 1340/2009, se institucionalizó a la SIC como la única autoridad competente para conocer y controlar todas las operaciones de concentración empresarial ejecutadas en Colombia, **independientemente del sector económico en el que se ejecuten**. No obstante, es necesario recordar que en esta Ley se consagró una excepción a la competencia de la SIC: cuando en una concentración intervienen empresas vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, la autoridad competente para autorizar la operación será esta Superintendencia¹¹⁵⁴.

Sobre la base de lo anteriormente expuesto, tenemos que alabar la consolidación de la SIC como autoridad única de control, ya que de esta forma se simplifica el sistema de evaluación de concentraciones; al mismo tiempo se avanza en materia de seguridad

¹¹⁵³ *Vid. supra*. Apartado 1 del presente capítulo.

¹¹⁵⁴ *Vid.* Artículo 9 de la Ley 1340/09, disponible en www.dmsjuridica.com. Además del sector financiero, con anterioridad a la ley 1340/2009, se mantenían regímenes excepcionales de control de concentraciones en el sector del transporte aéreo, televisión y salud. *Vid.* ORGANIZACIÓN DE COOPERACION Y DESARROLLO ECONOMICO (OCDE) y BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO (BID); “Derecho y Política de la Competencia en.....”, *ob cit*, pág. 63, disponible en www.oecd.org.

jurídica; y, a su vez, se envían las señales adecuadas al mercado para favorecer la inversión e impulsar la dinámica económica del país¹¹⁵⁵.

En efecto, las reformas de la Ley 1340/2009 se adoptan en el momento adecuado, a la vista de las perspectivas favorables de crecimiento del sector eléctrico colombiano -que puede favorecer el incremento de operaciones de concentración- y de la intención del Estado de vender buena parte de la participación que mantiene en distintas empresas del sector¹¹⁵⁶.

Por lo demás, es necesario añadir que no estamos de acuerdo con el mantenimiento de la competencia excepcional de la Superintendencia Financiera, tratándose del control de concentraciones ejecutadas por entidades sometidas a su vigilancia. En nuestra opinión, esta competencia también debería estar reservada a la SIC, sin perjuicio de otro tipo de funciones que la Superintendencia Financiera pudiera desarrollar en el proceso de concentración.

¹¹⁵⁵ En este sentido, la reciente actualización del Derecho de la Competencia colombiano fue un proceso influenciado por la experiencia adquirida en la aplicación de la normativa de competencia a sectores económicos que habían sido objeto de reformas estructurales (como los procesos de liberalización) en la década de los noventa. Vid. ORGANIZACIÓN DE COOPERACION Y DESARROLLO ECONOMICO (OCDE) y BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO (BID); *"Derecho y Política de la Competencia en....."*, ob cit, pág. 7, disponible en www.oecd.org.

¹¹⁵⁶ Para la Asociación Nacional de Comercio Exterior (ANALDEX), el sector eléctrico colombiano es uno de los sectores económicos con mayores perspectivas de crecimiento futuro, teniendo en cuenta el incremento del 20% de la demanda entre 2003 y 2008. Además, teniendo en cuenta las limitaciones de crecimiento establecidas en la regulación sectorial y los recursos energéticos disponibles, la estrategia de las autoridades, empresarios y asociaciones es favorecer la internacionalización del sector eléctrico colombiano mediante la exportación de energía, la exportación de servicios eléctricos y la inversión extranjera directa, con la perspectiva de posicionar al país como un "cluster" energético regional. Vid. ANALDEX; *"Propuesta de Valor Sectorial Energía Eléctrica, Bienes y Servicios Conexos"*, 2008, pág. 10 y 16. Disponible en www.analdex.org

Si se hubiese mantenido esta reserva, los criterios de evaluación de la SIC –que, insistimos, deben ser publicados de forma consolidada y organizada- serian aplicables a cualquier tipo de sociedad, atendiendo, como es lógico, a las características propias de cada sector económico. De esta manera, se hubiese avanzado más en la transparencia y seguridad jurídica del sistema de control de concentraciones.

7.2. La aplicación de los límites regulatorios al crecimiento empresarial.

En Colombia, el crecimiento de las empresas del sector eléctrico está restringido por los límites a la participación horizontal y vertical impuestos por la ley y la regulación sectorial¹¹⁵⁷. De esta manera, se busca evitar que, a través de estrategias de crecimiento empresarial, como las operaciones de concentración, se consoliden posiciones de dominio anticompetitivas en un mercado o se viole el principio de separación de actividades imperante en el sector.

Así pues, todas las operaciones de concentración que se han ejecutado en el sector eléctrico colombiano han respetado los límites fijados en la norma. De tal modo, que, a la hora de analizar la operación, la autoridad de competencia simplemente ha verificado que esta no excede los umbrales máximos de participación permitidos en los mercados relevantes afectados.

Esta característica de la regulación del sector eléctrico colombiano explica porque, hasta la actualidad, la SIC no ha tenido un excesivo protagonismo a la hora de evaluar las operaciones de concentración en el sector, a diferencia de lo que sucede en el sector eléctrico de otros países como España.

¹¹⁵⁷ *Vid. supra.* Apartado 6.1.4. del presente capítulo.

En efecto, en el caso del sector eléctrico español, la inexistencia en la normativa sectorial de unos umbrales de crecimiento empresarial, exige una activa intervención por parte de la autoridad de competencia, con la finalidad de determinar los criterios y las valoraciones que restringen o permiten –según el caso- una concentración de empresas.

Es innegable que nos encontramos ante dos sistemas regulatorios distintos, nacidos al amparo de realidades y políticas energéticas diversas y que, en consecuencia, proyectan en la autoridad de competencia responsabilidades distintas en materia de control de concentraciones.

A nuestro entender, en punto al caso colombiano, la existencia de limitaciones precisas a la participación empresarial en el sector eléctrico (que condiciona, como ya hemos mencionado, el papel de la autoridad de competencia en materia de control de concentraciones) se sustenta en una razón determinante. A saber: consciente de la tendencia de los mercados eléctricos a la colusión, a la formación de oligopolios, etc., la intención del legislador nacional fue liberalizar el sector de una manera organizada, de suerte que la apertura a la competencia se orientara por un modelo de mercado competitivo previamente recreado.

De esta manera, no se dejaba a la voluntad del mercado la participación de empresas (privadas, públicas o mixtas) en el sector, sino que la apertura a la competencia debía ajustarse a unos criterios previamente definidos en materia de competencia -uno de ellos los límites a la participación- que garantizaban su funcionamiento competitivo, según el criterio del legislador y el regulador sectorial.

Ahora bien, es necesario tener presente que esta particularidad del sector eléctrico colombiano, tiene como marco la facultad de la CREG de promover la competencia entre

los prestadores del servicio eléctrico¹¹⁵⁸ que -a su vez- es coherente con la función de regulación asignada en virtud de la delegación de funciones presidenciales¹¹⁵⁹.

En efecto, después de intensas discusiones en punto a la naturaleza jurídica de la función regulatoria en cabeza de las Comisiones, la Corte Constitucional zanjó el problema al afirmar que, en materia de servicios públicos, la función de regulación es una forma de intervención del Estado en la economía para corregir los errores de mercados imperfectos, asimismo delimita el ejercicio de la libertad de empresa y busca preservar la sana y transparente competencia, con la finalidad de lograr una mejor prestación de estos servicios.

No obstante, esta función no implica la asunción de competencias legislativas o reglamentarias, sino que es un desarrollo de la potestad de policía para establecer los contornos de una actividad específica (por ejemplo, la generación de electricidad), en

¹¹⁵⁸ *Vid.* Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Expediente 6022, 7 de diciembre de 2000; Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Expediente 4443, 12 de febrero de 1998; Artículo 73 de la Ley 142 de 1994. Jurisprudencia y normas disponibles en www.creg.gov.co

¹¹⁵⁹ La naturaleza y alcance de la función de regulación fue finalmente aclarada por la Corte Constitucional en el año 2000 en un importante pronunciamiento en el que negó la naturaleza legislativa que se le atribuía a esta función. En efecto, para la Corte, “En materia de servicios públicos domiciliarios, debe resaltarse que la regulación -como función presidencial delegable en las referidas comisiones- no es lo que ha considerado alguna parte de la doctrina, es decir, un instrumento normativo para “completar la ley”, o para llenar los espacios que ella pueda haber dejado, y menos para sustituir al legislador si éste nada ha dispuesto, pues ello significaría la inaceptable y perniciosa posibilidad de entregar al Presidente de la República -y, más grave todavía, a sus delegatarios- atribuciones de legislador extraordinario, distintas a las señaladas por la Carta, en manifiesta contravención de los postulados del Estado de Derecho...” *Cfr.* Sentencia de la Corte Constitucional C-1162 de 6 de septiembre de 2000, disponible en www.corteconstitucional.gov.co. En el mismo sentido, *Vid.* Sentencia de la Corte Constitucional C-389 de 22 de mayo de 2002 y Sentencia C-150 de 25 de febrero de 2003. Jurisprudencia disponible en www.corteconstitucional.gov.co

sectores económicos, en los que han desaparecido los monopolios estatales (como el sector eléctrico)¹¹⁶⁰.

Sobre la base de lo anteriormente expuesto, podemos afirmar que en Colombia los límites a la participación horizontal y vertical de las empresas en el sector eléctrico, fijados por la CREG en sus resoluciones (y que condicionan el crecimiento empresarial mediante operaciones de concentración), son una expresión de la función regulatoria que busca asegurar la libre competencia y determinar aspectos técnico-operativos que permitan la prestación eficiente del servicio eléctrico.

A nuestro juicio, este sistema ha funcionado adecuadamente si tenemos en cuenta que, en los últimos 15 años, las diferentes empresas que participan en el sector eléctrico han buscado consolidarse en sus respectivos mercados, algunas con mayor éxito que otras. De modo que hoy existen empresas que han alcanzado –o están cerca de alcanzar– el porcentaje de participación máximo permitido por la regulación en los mercados de generación y distribución de electricidad.

La pregunta que cabe hacerse es si frente al proceso de crecimiento del sector eléctrico colombiano, este sistema de limitación a la participación definido en la regulación sectorial, bastará para que las empresas que tienen una posición de dominio en el sector se abstengan de participar en nuevas operaciones de concentración. O si, por el contrario, estas empresas participarán en estas operaciones a la espera de que sea la autoridad de competencia la que se pronuncie expresamente sobre tales operaciones.

Entendemos que lo más probable es que las empresas dominantes en los mercados de generación y comercialización no renunciarán a aumentar su participación en estos

¹¹⁶⁰ Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional C-1162 de 6 de septiembre de 2000, disponible en www.corteconstitucional.gov.co.

mercados por encima de los márgenes permitidos¹¹⁶¹. En consecuencia, seguirán buscando oportunidades para incrementar su participación, por ejemplo mediante las concentraciones empresariales.

Ante esta perspectiva, nuestra opinión es la siguiente: hasta hoy, en Colombia, el sistema de limitación regulatoria a la participación de las empresas en el sector eléctrico ha funcionado adecuadamente, teniendo en cuenta que los últimos quince años pueden ser considerados como una etapa inicial del proceso de liberalización. Por esta razón, el incremento de la participación de las empresas en el mercado, vía operaciones de concentración, no ha requerido -en la mayoría de los casos- de una participación activa de la autoridad de competencia, toda vez que los límites regulatorios bastan para simplificar el proceso de control de concentraciones de empresas.

No obstante, consideramos que a partir de ahora este mecanismo, por sí mismo, se torna insuficiente para garantizar las condiciones de competencia deseadas en el sector, a la vista de las participaciones que han adquirido algunas empresas en los mercados de generación y comercialización, a la estructura de la propiedad de las empresas del sector y al grado de integración vertical.

Desde este momento, aprovechando la reforma de la normativa de competencia, estimamos necesario que la SIC asuma un papel protagonista en el control de las concentraciones del sector, evaluando a fondo cada una de estas operaciones, haciendo públicas sus evaluaciones y pronunciándose expresamente sobre el impacto de estas concentraciones en aspectos problemáticos para las condiciones de competencia del sector. Entre estos aspectos problemáticos cabe destacar los siguientes:

¹¹⁶¹ Teniendo presente que las empresas alegarán que en la regulación del sector existen mecanismos para reducir esta participación.

- En primer lugar, la estructura de propiedad de las empresas del sector, en particular, la propiedad del Estado en estas empresas y su posición en los mercados relevantes a la luz de los límites a la participación definidos en las resoluciones de la CREG.
- En segundo lugar, la estructura de propiedad del principal transportador de electricidad (ISA), en particular, la participación del Estado y de empresas como EEPPM.
- En tercer lugar, la condición del operador del mercado (XM) como empresa filial de ISA y su relación con EEPPM.
- En cuarto lugar, el grado de concentración del mercado de generación y la participación de las empresas dominantes en operaciones de concentración en este sector.
- En quinto lugar, las condiciones de competencia deseadas en el sector eléctrico a la luz de los procesos de expansión de la capacidad de generación, que se están llevando a cabo en la actualidad y el papel de los operadores dominantes en estos procesos de expansión.
- Por último, las medidas necesarias para favorecer la entrada de nuevos competidores para evitar la consolidación de un modelo oligopólico.

Para terminar, es necesario destacar que la intervención activa de la SIC en el control de concentraciones ejecutadas en el sector eléctrico, puede mejorar las condiciones de competencia del sector, gracias a las facultades otorgadas al Superintendente de Industria,

en particular, tratándose de concentraciones aprobadas bajo el cumplimiento de determinadas condiciones. En estos casos, las condiciones impuestas deben identificar, aislar y/o eliminar el efecto anticompetitivo que produciría la operación y, en consecuencia, deben implementar las medidas de carácter estructural necesarias para mitigar, aislar o eliminar estos efectos¹¹⁶².

7.3. La definición del mercado geográfico relevante basado en la cobertura del SIN.

Uno de los aspectos más importantes que deben destacarse en el control de concentraciones en el sector eléctrico colombiano es la necesaria delimitación del mercado geográfico relevante, basado en la cobertura del Sistema Interconectado Nacional (SIN).

En efecto, en Colombia la prestación del servicio eléctrico se divide en dos sistemas diferentes: El primero de ellos es el SIN, es decir, el sistema conformado por equipos de generación, la red de transporte, la red de distribución, las cargas eléctricas de los usuarios, que se encuentran conectados entre sí¹¹⁶³. Este sistema abarca el 66% del territorio nacional, donde vive el 95% de la población colombiana¹¹⁶⁴.

¹¹⁶² Vid. Parágrafo segundo, artículo 9, Ley 1340/09 de julio 24 de 2009, disponible en www.cntv.org.co

¹¹⁶³ Vid. Artículo 11, Ley 143 de 1994, disponible en www.creg.gov.co

¹¹⁶⁴ Vid. FLOREZ ACOSTA, Jorge Hernán; TOBON OROZCO, David y CASTILLO QUINTERO, Gustavo Adolfo; “¿Ha sido Efectiva la Promoción de Soluciones Energéticas en las Zonas no Interconectadas (ZNI) en Colombia? Un Análisis de la Estructura Institucional”; en: *Revista Cuadernos de Administración*, Vol. 22, Núm. 38, Enero-Junio, 2009, Universidad Javeriana, Bogotá, pág. 221. Disponible en http://cuadernosadministracion.javeriana.edu.co/pdfs/CnosAdmon_22_38_10_Jorgehernanflorez.pdf

El segundo sistema eléctrico que existe en Colombia, denominado Zonas No Interconectadas (ZNI), es el que opera en los municipios, corregimientos o localidades - aislados geográficamente- que no se encuentran conectados al SIN¹¹⁶⁵.

Los municipios pertenecientes a las ZNI se encuentran principalmente en el oriente y occidente del país, así como en territorios insulares¹¹⁶⁶. Así pues, pertenecen a las ZNI, por ejemplo, la ciudad de Leticia, en el departamento del Amazonas, Capurganá en el departamento del Chocó, Mitú en el departamento del Vaupés, Puerto Carreño en el departamento del Vichada y el Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina¹¹⁶⁷.

En estos lugares, la prestación del servicio eléctrico es realizada por empresas verticalmente integradas, que generan electricidad mediante plantas que operan con combustibles fósiles (algunos de ellos altamente contaminantes, como el diesel) y/o

¹¹⁶⁵ Vid. Artículo 1, Ley 855 de 18 de diciembre de 2003, publicada en el DO núm. 45405 de 18 de Diciembre de 2003, pág. 43. Disponible en www.creg.gov.co.

¹¹⁶⁶ Territorialmente, las ZNI abarcan el 34% del territorio nacional y en ellas viven, aproximadamente, 1.800.000 personas. En estos lugares la prestación del servicio eléctrico se ha caracterizado por su baja cobertura, altos costos y deficiente prestación del servicio por empresas, municipios y gobernaciones. Tampoco existen los mecanismos idóneos para ejecutar tareas de vigilancia y control de las empresas que operan en estas zonas. Además, el Gobierno Nacional debe financiar el funcionamiento del servicio en estas zonas, bien sea para reparar o reponer infraestructuras, para el abastecimiento de combustibles, cobertura de déficit operativos, etc. Vid. DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN; *“Esquemas de Gestión para la Prestación del Servicio de Energía Eléctrica en las Zonas No Interconectadas”*, Documento del Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES) núm. 3453, 11 de diciembre de 2006, pág. 3. Disponible en www.dnp.gov.co

¹¹⁶⁷ Fuente: Unidad de Planeación Minero Energética (UPME). Información disponible en www.upme.gov.co

pequeñas plantas hidroeléctricas. Además, es frecuente que a las empresas prestadoras les sea adjudicada su área de operación bajo condiciones de servicio exclusivo¹¹⁶⁸.

En este orden de ideas, a la vista de la diferenciación existente entre SIN y ZNI, consideramos necesario precisar que todas las concentraciones que, hasta el día de hoy, se han llevado a cabo en el sector eléctrico colombiano, han tenido efectos en el mercado geográfico abarcado por el SIN, en donde es posible el funcionamiento del sector bajo un modelo de mercado en competencia.

Consiguientemente, en atención a las características de prestación del servicio eléctrico existentes en el ZNI (ausencia de competencia, inexistencia de modelo de mercado, régimen retributivo especial, empresas verticalmente integradas, áreas de servicio exclusivo, etc¹¹⁶⁹), la definición del mercado geográfico afectado por una concentración empresarial debe partir del territorio que abarca el SIN.

Así pues, a nuestro entender, a partir del territorio que abarca el SIN, la autoridad de competencia debe delimitar aun más el mercado geográfico, teniendo en cuenta dos

¹¹⁶⁸ Asimismo, la metodología de remuneración de actividades en estas zonas está definida en una regulación especial de la CREG, diferente a la metodología de remuneración utilizada para las actividades del SIN. *Vid.* Resolución CREG 091 de 26 de octubre de 2007, publicada en el DO46.881 de 24 de enero de 2008. Disponible en www.creg.gov.co

¹¹⁶⁹ Como acertadamente precisan FLOREZ, TOBON y CASTILLO, en las ZNI no existe un mecanismo de mercado para determinar el precio de la electricidad, ni está claramente definida la separación entre la generación, la distribución y la comercialización. Tal circunstancia obedece a que en estas zonas el Estado debe enfrentarse, primero, al problema de cómo prestar el servicio y, en segundo lugar, como mejorarlo puesto que el servicio eléctrico no es permanente; o, simplemente, no se presta. *Vid.* FLOREZ ACOSTA, Jorge Hernán; TOBON OROZCO, David y CASTILLO QUINTERO, Gustavo Adolfo; “¿Ha sido Efectiva la Promoción de Soluciones Energéticas en las Zonas no Interconectadas (ZNI) en...”, *ob cit*, pág. 221-222. Disponible en http://cuadernosadministracion.javeriana.edu.co/pdfs/CnosAdmon_22_38_10_Jorgehernanflorez.pdf

aspectos. En primer lugar, las actividades del servicio eléctrico involucradas en la concentración (generación, transporte, distribución y/o comercialización); y, en segundo lugar, la posibilidad de que -dependiendo de la actividad eléctrica- se definan mercados geográficos de orden nacional, regional, departamental o municipal.

7.4. La ausencia de intervención política directa en el proceso de control.

Anteriormente, hemos puesto de manifiesto que una característica fundamental del sistema colombiano de control de concentraciones es que la normativa de competencia no contempla -expresamente- la posibilidad de una intervención directa del Gobierno en el procedimiento de control.

Esta característica se evidencia porque -hasta el día de hoy- ninguna concentración empresarial (naturalmente, tampoco las ejecutadas en el sector eléctrico) ha sido sometida a la valoración de un órgano político, como por ejemplo, el Consejo de Ministros. Por el contrario, todas las concentraciones han sido evaluadas por la autoridad competente, en la mayoría de los casos la SIC o la Superintendencia Financiera, basándose en criterios técnicos relacionados con la defensa de la competencia.

No obstante, como tuvimos la oportunidad de mencionar¹¹⁷⁰, observamos con preocupación que en la reciente reforma de la normativa de la competencia, se ha incluido un artículo que, a nuestro juicio, abre la puerta para que eventualmente el Gobierno pueda intervenir en el proceso de control de una concentración.

En efecto, el artículo 32 de la Ley 1340 de 2009 -una de las disposiciones finales de la Ley- está redactado en los siguientes términos: *“El Estado podrá intervenir cuando se*

¹¹⁷⁰ *Ibidem.*

presenten situaciones externas o ajenas a los productores Nacionales, que afecten o distorsionen las condiciones de competencia en los mercados de productos nacionales. De hacerse, tal intervención se llevará a cabo a través del Ministerio del ramo competente, mediante la implementación de medidas que compensen o regulen las condiciones de los mercados garantizando la equidad y la competitividad de la producción nacional”¹¹⁷¹.

Pues bien, el primer interrogante que debemos plantearnos es si una concentración empresarial, llevada a cabo por una empresa nacional o extranjera, puede considerarse como una situación externa o una situación ajena a los productores nacionales, que legitime la intervención del Estado en el proceso de control de la operación.

Sobre este particular consideramos que, tal y como está redactada la norma, es tal su generalidad y ambigüedad, que podría argumentarse que una concentración en el sector eléctrico es una situación ajena a los productores nacionales, cuyos efectos distorsionan las condiciones de competencia en uno o varios mercados relevantes del sector eléctrico. Por lo tanto, con fundamento en un razonamiento de esta naturaleza, el Gobierno, a través del Ministerio competente, podría justificar su intervención en el proceso de control de una concentración.

Ahora bien, si gracias a la ambigüedad de la primera parte de la norma, el gobierno podría justificar su intervención en el control de una concentración, no resulta ilógico pensar que con fundamento en la segunda parte de la norma también podría justificar todo tipo de medidas sobre la concentración evaluada¹¹⁷².

¹¹⁷¹ Cfr. Artículo 32, Ley 1340 de 2009, disponible en www.sic.gov.co

¹¹⁷² Hacemos referencia a la parte de la norma que dispone: “...De hacerse, tal intervención se llevará a cabo a través del Ministerio del ramo competente, mediante la implementación de medidas que compensen o regulen las

En efecto, sobre este particular, la pregunta que cabe hacerse es ¿qué tipo de medidas podría tomar el respectivo Ministerio para compensar o regular las condiciones de competencia del mercado relevante afectado y que han sido distorsionadas por la respectiva concentración?

La norma en cuestión no lo menciona. Tampoco existe, actualmente, un desarrollo del artículo que aclare su alcance. Con fundamento en estas circunstancias, consideramos que, en la actualidad, el Ministerio competente podría –unilateralmente- tomar medidas de toda índole (esto es, medidas de carácter estructural y/o de comportamiento) que estimase suficientes para compensar o regular las condiciones de los mercados involucrados¹¹⁷³.

A nuestro modo de ver, resulta desaconsejable que en Colombia la normativa de competencia haya abierto la puerta a una intervención política que, eventualmente, podría incidir en el control de concentraciones. Sobre todo si se tiene en cuenta que, para el desarrollo de la normativa de control de concentraciones, el legislador nacional ha tenido la oportunidad de verificar la experiencia de países con legislaciones más avanzadas, constatando los inconvenientes de la intervención política en el control de estas operaciones.

En este sentido, llamamos la atención sobre el efecto que podría tener la aplicación del artículo 32 de la Ley 1340 en materia de control de concentraciones en el sector eléctrico, porque –precisamente- en este sector económico es donde podría presentarse con mayor

condiciones de los mercados garantizando la equidad y la competitividad de la producción nacional”. Cfr. Artículo 32, Ley 1340 de 2009, disponible en www.sic.gov.co

¹¹⁷³ Posibilidad que, naturalmente, no compartimos.

facilidad una intervención política de esta naturaleza, como hemos tenido la oportunidad de comprobar en el caso de España, Francia, etc.

En el presente trabajo hemos constatado, como una realidad innegable, que en el caso de las concentraciones en el sector eléctrico¹¹⁷⁴, el argumento de la defensa de los “intereses nacionales” o la defensa de “sectores estratégicos”, cobra un especial interés político y social que –frecuentemente- legitima la intervención del Gobierno en el proceso de control¹¹⁷⁵. Así ha sucedido en países que disponen de experimentados sistemas de control de concentraciones y, por lo tanto, también podría suceder en el caso colombiano **si la normativa lo permite.**

Por estas razones consideramos que el artículo 32 de la Ley 1340, abre la puerta a una posibilidad que, de aplicarse, podría lesionar la seguridad jurídica que debe inspirar la normativa colombiana de control de concentraciones. Además, indirectamente, podría obstaculizar el desarrollo del sector eléctrico colombiano que -a nuestro juicio- es el sector de la economía con mejores perspectivas de crecimiento futuro, gracias a los siguientes factores: El intenso crecimiento que ha experimentado en la última década, la madurez y estabilidad del marco regulatorio en comparación con otros países de la región, la autoridad e independencia de la Comisión de Regulación, su potencial de expansión gracias a los recursos naturales disponibles, su atractivo para los inversionistas nacionales y extranjeros, el proceso de integración energética en América Latina (en pleno desarrollo y prioritario objetivo regional) y la intención política y empresarial de convertir el sector eléctrico colombiano en el eje de la integración energética regional.

¹¹⁷⁴ Aunque sucede igual en el caso del sector del gas y del petróleo.

¹¹⁷⁵ Insistimos en que la intervención política en el proceso de control de concentraciones, sobre la base de la defensa de “intereses nacionales”, resulta inconveniente, toda vez que la defensa de estos intereses la puede asumir la autoridad de competencia durante el proceso de control que, en rigor, debe orientarse por criterios de defensa de la competencia definidos y conocidos previamente por empresas, autoridades, etc.

En suma, llamamos la atención para que, en el desarrollo del artículo 32 de la Ley 1340, la intervención del Estado prevista en la norma no se traduzca en mecanismos de intervención política en el sistema de defensa de la competencia. En caso contrario, abogamos por la exclusión de esta intervención política del sistema de control de concentraciones.

CONCLUSIONES

I

Existe una relación significativa entre el numero de concentraciones empresariales ejecutadas en un sector económico -o en un mercado específico- y determinados factores como los cambios legislativos, la aparición de novedades tecnológicas o las modificaciones del comportamiento de la demanda. El grado de influencia de estos factores en la dinámica de un mercado puede ser favorable o desfavorable para la ejecución de las operaciones de concentración empresarial.

II

En la actualidad, las operaciones de concentración empresarial se han convertido en una clara estrategia de desarrollo de las empresas, gracias a los procesos de apertura de las economías nacionales que se traducen en la eliminación –o reducción- de las barreras de entrada y fomento de la inversión extranjera. En el caso de la Unión Europea, el proceso de apertura es más evidente en virtud de principios como la libertad de establecimiento, la libre circulación de mercancías, la libre circulación de personas, la libre circulación de servicios, la libre circulación de capitales, etc.

III

En el marco de apertura de la economía mundial, actualmente la competitividad no debe ser entendida desde una perspectiva nacional, sino que debe tener una perspectiva internacional. Este criterio ha de tenerse presente, particularmente, en sectores económicos donde las concentraciones empresariales se utilizan como una estrategia de desarrollo empresarial; como, por ejemplo, sectores económicos caracterizados por la escasa diferenciación de sus productos (sector eléctrico), sectores que demandan costes crecientes, sectores donde es conveniente la asunción compartida de riesgos, etc.

IV

Las concentraciones empresariales en el sector eléctrico europeo son operaciones, cuya ejecución se ha visto influida favorablemente por los siguientes factores: los avances en el proceso de liberalización del sector energético europeo; el desarrollo de la normativa de competencia; la dinámica de crecimiento económico sostenido -hasta 2009- en buena parte de Unión Europea; las ventajas del mercado interior; los esfuerzos por avanzar en el pleno funcionamiento de un mercado interior de la energía y la intención de las empresas de asumir posiciones competitivas en el mercado energético europeo.

V

Las operaciones de concentración responden a una compleja combinación de motivaciones de la más diversa índole, que varían de acuerdo a las circunstancias de tiempo, modo y lugar y que no siempre consiguen la creación de valor como resultado de la operación. Una de las principales motivaciones de las concentraciones de empresas en el sector eléctrico es la creación de valor a través del crecimiento empresarial. En el caso de las concentraciones de empresas llevadas a cabo en el sector eléctrico europeo, el impulso al crecimiento empresarial está motivado por ventajas como la penetración en nuevos mercados, la diversificación de recursos tecnológicos, la adquisición de posiciones competitivas en mercados de difícil acceso y la internacionalización empresarial. En el caso de concentraciones ejecutadas en el sector eléctrico colombiano cobra vital importancia la adquisición de tecnología, recursos y capacidades con la finalidad de aumentar la participación competitiva en el mercado local.

VI

Desde la perspectiva de la función del Estado, el proceso de liberalización del sector eléctrico implica que aquel abandona su condición de titular de la actividad y prestador directo del servicio, para cumplir funciones de regulación, vigilancia y control de los

agentes (privados, mixtos, públicos), que intervienen en las actividades del sector. En este sentido, el proceso de liberalización del sector eléctrico supone recrear un mercado caracterizado por la separación de actividades, la libre entrada en mercados donde es posible la competencia, la formación competitiva de precios, el libre acceso a las redes y la creación de comisiones de regulación (autoridades sectoriales) independientes del Gobierno.

VII

Los procesos de liberalización del sector eléctrico impulsados por la normativa comunitaria, española y colombiana guardan estrechas similitudes en punto a su contenido conceptual y en relación al momento en que fueron promulgadas las primeras normas que impulsaron este proceso. En el caso de España, resultó de significativa influencia en el proceso de liberalización la necesidad de ajustar la normativa nacional al Ordenamiento Jurídico Comunitario; en particular, a los preceptos de la Directiva 96/92/CE. En el caso colombiano, fue determinante el colapso del sistema eléctrico gestionado bajo el modelo estatal (que derivó en un programa de racionamiento) y las profundas reformas económicas que se tomaron en el país después de la promulgación de la Constitución de 1991.

VIII

Las concentraciones de empresas en el sector eléctrico no se podrían explicar en un contexto de monopolios, titularidad estatal, concesiones, etc. Necesitan como marco de referencia la apertura a la competencia y un modelo de mercado, en el que encuentren sustento las motivaciones que dan pie a la ejecución de estas operaciones. En este sentido, al margen de las medidas de liberalización adoptadas por cada país, la normativa comunitaria que busca consolidar el funcionamiento de un mercado interior de la energía, el desarrollo de las redes transfronterizas, promover la libertad de establecimiento y la libre circulación de capitales, también constituyen un marco apropiado para la ejecución de tales operaciones.

IX

Las operaciones de concentración empresarial ejecutadas en el sector eléctrico europeo han acompañado la transformación de todo el sector energético, marcado por la tendencia actual de integrar los negocios del gas y la electricidad. La distinción entre empresas eléctricas y empresas de gas tiende a desaparecer, gracias al nuevo concepto de empresas *multiutility*, capacitadas para ofrecer a sus clientes un paquete energético -libremente negociado- que integre el gas y la electricidad. En este sentido, no es difícil imaginar un mercado interior de la energía dominado por pocas empresas *multiutility*, con abundantes recursos humanos, técnicos y financieros, con amplia presencia en diferentes mercados regionales y con elevadas cuotas de participación en los mercados donde compiten.

X

La posibilidad del ejercicio anticompetitivo del poder de mercado es una de las principales preocupaciones de las autoridades de competencia a la hora de evaluar las concentraciones de empresas en el sector eléctrico. Esta problemática está estrechamente ligada a las características propias del sector; a saber: su funcionamiento alrededor de mercados recreados artificialmente, su complejidad técnica, la elevada concentración de la oferta, el carácter homogéneo y complementario de la electricidad y el gas, la complejidad en los procesos de formación de precios, la tendencia a la formación de oligopolios, etc.

XI

En Europa, uno de los sectores económicos en el que -con mayor frecuencia- se presenta la intervención de los gobiernos en el control de concentraciones es el sector eléctrico, considerado un sector “estratégico”. En términos generales, esta intervención se ha defendido basándose en criterios o principios de contenido amplio, como el “interés general”, la “seguridad nacional” o la “defensa de los objetivos de la regulación sectorial”. Esta actitud contrasta con la posición de las autoridades comunitarias, que han

insistido en la necesidad respetar la libre circulación de capitales, la libertad de establecimiento, la libre competencia, etc. Por estas razones, las autoridades comunitarias han insistido en que la intervención de los gobiernos en el control de concentraciones debe llevarse a cabo en coherencia con la normativa comunitaria. Petición que, tratándose del sector eléctrico, no siempre ha encontrado eco en los Gobiernos nacionales.

XII

La normativa comunitaria de control de concentraciones se encuentra a la vanguardia de los Ordenamientos Jurídicos que regulan la materia, en particular si se compara con el Ordenamiento Jurídico colombiano. Esta diferencia es evidente, en particular, tratándose de la experiencia acumulada por la Comisión Europea en la aplicación de la normativa de concentraciones a diferentes sectores de la economía comunitaria. Además, hay que destacar las “buenas prácticas” de la autoridad comunitaria en punto a la publicidad de sus decisiones y de sus criterios de evaluación. Aspecto que, en el sistema colombiano de control de concentraciones, precisa de una urgente mejora.

XIII

La evaluación de concentraciones en el sector eléctrico parte de la identificación de los mercados relevantes, teniendo en cuenta las actividades en las que se divide el sector; esto es: producción, transporte, distribución y comercialización de electricidad. Así pues, a efectos de la evaluación de la concentración, es posible identificar diferentes mercados relevantes en cada una de estas actividades. Por ejemplo, en las actividades de producción y comercialización de electricidad es posible que la autoridad de competencia se centre en el estudio de las consecuencias de la concentración en el mercado mayorista, en el mercado intradiario y/o en el mercado de contratos bilaterales.

XIV

En el control de concentraciones en el sector eléctrico europeo, cada vez cobra mayor importancia el análisis de las conexiones internacionales de cada Estado, a efectos de

determinar su influencia en las condiciones de competencia del mercado eléctrico evaluado. Esta circunstancia presenta singular relieve en el caso de España, donde el nivel de desarrollo de las conexiones internacionales, en especial con Francia, limita la potencial competencia exterior.

XV

En comparación con los países de Europa central, la capacidad de las redes españolas de interconexión internacional es bastante limitada. Esta limitación también se predica del sector del gas; motivo por el que, en el contexto europeo, el mercado energético español ha sido asimilado a una isla delimitada por el territorio peninsular. La evaluación de concentraciones en el sector eléctrico español no ha pasado por alto esta particularidad y la ha tomado en consideración en repetidas oportunidades; concretamente, al analizar la influencia de las interconexiones internacionales en las condiciones de competencia del sector eléctrico nacional.

XVI

Un aspecto fundamental del control de concentraciones en el sector eléctrico es la delimitación del mercado geográfico relevante. A este respecto, es preciso destacar que – actualmente- no existe un mercado único de la electricidad en Europa. El grado de desarrollo de las redes internacionales de interconexión, las dificultades en los procesos de apertura de los mercados eléctricos y las trabas (legislativas) a la libre circulación de capitales y a la libertad de establecimiento, permiten afirmar que, hoy en día, en lugar de un mercado único, existen diferentes mercados regionales de electricidad: el MIBEL, el NORDPOOL, el mercado del BENELUX, etc.

XVII

El desarrollo de los mercados regionales de electricidad es el paso previo necesario para la formación de un mercado único de la electricidad en Europa. La consolidación de este mercado único puede partir desde los sistemas eléctricos ubicados en Europa central, toda

vez que son los más desarrollados en materia de interconexiones internacionales. El avance en el proceso de consolidación de este mercado único es un objetivo prioritario del nuevo paquete regulatorio de liberalización del sector energético europeo, que entrará en vigor el 3 de marzo de 2011.

XVIII

En el control de concentraciones en el sector eléctrico, determinar la existencia de poder de mercado y definir las consecuencias –anticompetitivas o no- que se puedan derivar del ejercicio de este poder es una tarea compleja, que debe integrar el análisis coordinado de múltiples factores. En efecto, junto al análisis estructural tradicional basado en la valoración de las cuotas de mercado y de los índices de concentración, también es necesario tener en cuenta otros aspectos: el grado de integración vertical de la industria, la transparencia del sector en materia de información, el grado de integración con otros mercados eléctricos, el comportamiento de los precios y su proceso de formación, la existencia de barreras de entrada, la competencia potencial, las posibilidades de elección de los usuarios, las deficiencias del marco regulatorio, las eficiencias derivadas de la operación, los compromisos presentados por las empresas, etc. Del mismo modo, también es muy importante complementar el proceso de evaluación con otros tipos de análisis estructural –de reciente consideración- como los índices de pivotalidad y/o los modelos de simulación.

XIX

En el control de concentraciones en el sector eléctrico, la existencia de poder de mercado y la precisión de sus efectos es una tarea que se encuentra estrechamente ligada a la definición del mercado relevante involucrado. En relación con la delimitación del mercado geográfico, ha sido frecuente encontrar operaciones en que las partes defienden la existencia de un mercado geográfico amplio, tomando en consideración futuros progresos del proceso de liberalización del sector eléctrico. Por el contrario, la Comisión Europea ha adoptado una actitud más restrictiva, acotando la delimitación del mercado

geográfico a la realidad vigente en el momento de la concentración, generalmente, circunscrita al ámbito nacional o, inclusive, regional. Esta divergencia de criterios ha sido determinante a la hora de precisar los efectos de la concentración empresarial según la competencia efectiva y la competencia potencial.

XX

En las concentraciones empresariales de dimensión comunitaria ejecutadas en el sector eléctrico, la Comisión Europea ha identificado diversos tipos de efectos adversos para la competencia, entre los que cabe destacar los siguientes: la formación o refuerzo de duopolios, la formación o refuerzo de oligopolios, el favorecimiento de prácticas concertadas, la posibilidad de realizar subsidios cruzados, la consolidación de barreras de entrada, la eliminación de competidores activos y/o de competidores potenciales, la obstaculización de la competencia potencial, el aislamiento del mercado eléctrico nacional y la restricción a la competencia exterior, el incremento de los nexos de integración vertical, etc. Según el caso concreto, estos efectos se pueden derivar del refuerzo de una posición de dominio, de la adquisición de una posición de dominio o también, así no exista esta posición, por la nueva situación de la empresa en el mercado relevante después de la concentración.

XXI

Las concentraciones en las que intervienen empresas de electricidad y empresas de gas despiertan numerosos recelos sobre sus efectos en materia de competencia, teniendo en cuenta la relación económica y funcional existente entre estos dos sectores. Esta relación añade una mayor complejidad al análisis y, por lo tanto, además de ciertos efectos comunes derivados de las concentraciones de empresas eléctricas, también es posible identificar otros efectos potencialmente anticompetitivos, como el acceso privilegiado y preferente a insumos, el manejo de información privilegiada, el aumento de costes a terceros competidores, la discriminación a terceros derivado del control de infraestructuras de gas, etc. Asimismo, la problemática derivada de estas operaciones

aumenta en los casos en que alguna de las empresas participantes tiene una posición de dominio en su respectivo mercado, como sucedió en la concentración ENI/EDP/GDP.

XXII

En el control de las concentraciones empresariales en el sector eléctrico, el análisis del poder de mercado y de sus efectos no puede realizarse fuera de un marco conceptual que tenga como fundamento las características generales de los mercados eléctricos y las características particulares del sector eléctrico afectado por la concentración. En atención a las características generales de los mercados eléctricos, sus principales rasgos comunes son la tendencia a adoptar una estructura industrial concentrada (duopolios u oligopolios), el carácter inflexible de la demanda, la presencia de barreras de entrada, la complejidad en el proceso de formación de precios, su condición de mercados artificialmente recreados, los incentivos al ejercicio del poder de mercado, la tendencia a la colusión, la poca contestabilidad de ciertos mercados, su condición de industria de red, el modelo de monopolio natural de la infraestructura de transporte, etc.

XXIII

En el control de una concentración empresarial en el sector eléctrico, la determinación de los efectos derivados de la creación o refuerzo de una posición de dominio debe girar en torno a la definición de las condiciones de competencia deseadas y practicables en el mercado relevante afectado. Así pues, el control de concentraciones en el sector eléctrico no debe orientarse por utópicas condiciones de competencia que no se corresponden con la realidad. Es necesario definir las condiciones de competencia que sea posible exigir a los actores del mercado, en atención a los rasgos comunes de toda industria eléctrica y a las características particulares del mercado eléctrico analizado.

XXIV

Un aspecto común en las concentraciones en el sector eléctrico, es la presentación de compromisos que -según el criterio de las partes- contrarrestan o eliminan los efectos anticompetitivos derivados de la concentración proyectada. También es frecuente la imposición, por parte de la autoridad de competencia, de requisitos cuyo cumplimiento condiciona la ejecución de la concentración. En ambos casos, las medidas están dirigidas a reducir o debilitar la posición de dominio de la empresa resultante de la concentración, a facilitar la entrada de nuevos competidores o a fortalecer la posición competitiva de los ya existentes. En este sentido, en las concentraciones ejecutadas en el sector eléctrico, la naturaleza de las condiciones exigidas o de los compromisos presentados ha sido – indistintamente- de carácter estructural o de comportamiento.

XXV

En el control de concentraciones en el sector eléctrico, los compromisos o las condiciones de carácter estructural que con mayor frecuencia han sido presentados por las partes o exigidas por las autoridades, consisten en desinversiones en el sector; por ejemplo, desinversiones en otras empresas participantes en el mercado relevante afectado o en activos de infraestructura. Por su parte, las medidas de comportamiento comúnmente adoptadas han sido las subastas de electricidad, la cesión negociada de contratos, la reserva de capacidad de conexiones internacionales, el acceso de terceros a redes e infraestructuras, la prohibición de contratos de exclusiva, la moratoria en el desarrollo de nuevas infraestructuras, etc.

XXVI

La aprobación de concentraciones en el sector eléctrico, merced al mecanismo de propuestas y condiciones previsto por la normativa comunitaria, ha tenido una relevancia determinante a la hora de encontrar formulas de solución, que hagan compatible una concentración comunitaria con las condiciones de competencia esperadas por la Comisión Europea. Así pues, aunque la consolidación de un mercado energético común

más competitivo e integrado no se alcanzará –exclusivamente- mediante las Decisiones de la Comisión, hay que reconocer que a través de estas, también ha sido posible identificar las demandas de la autoridad comunitaria sobre las condiciones de competencia deseadas y que son susceptibles de mejora en el sector energético europeo .

XXVII

Las condiciones de competencia deseables en el sector energético europeo apuntan, entre otras, a minimizar los efectos de barreras de entrada así como a fomentar las condiciones adecuadas para los intercambios internacionales de electricidad. Al mismo tiempo, se pretende que exista una mayor transparencia en el sector, que se eviten las estructuras industriales altamente concentradas, que se garantice el acceso de terceros a las redes e infraestructuras, que todos los usuarios tengan libertad practica (no solo teórica) en la selección libre de suministrador y que estén suficientemente informados sobre las ventajas del proceso de liberalización.

XXVIII

Antes de los procesos de liberalización, una característica común de las actividades de distribución y suministro de electricidad era que las empresas (por lo general, verticalmente integradas) desarrollaban sus actividades en régimen de monopolio y en mercados geográficos claramente delimitados, “vetados” a la competencia. La herencia de esta situación es que en estas actividades -aún después de los procesos de liberalización- se mantiene una estructura industrial altamente concentrada. En consecuencia, para la Comisión Europea, las concentraciones de empresas que operan en el interior de un mismo mercado geográfico, en el sector de la distribución y suministro de electricidad, fácilmente pueden derivar en la formación de oligopolios o duopolios que tienen la suficiente capacidad de obstaculizar la competencia efectiva.

XXIX

En las concentraciones relativas a la actividad de transporte de electricidad, una operación que afecta la capacidad de intercambios comerciales de las líneas de transporte y el uso de esta capacidad por parte de las empresas propietarias, puede tener efectos anticompetitivos en materia de apertura de las redes a terceros y en relación a la concentración de la propiedad. Para evitar estos efectos, es posible exigir a los propietarios de las redes –como ha hecho la Comisión Europea- la expansión de la capacidad de interconexión internacional, la reserva a terceros de porcentajes de capacidad de la red o la ejecución de programas de desinversiones.

XXX

Para la Comisión Europea, la aplicación de la legislación comunitaria en materia de concentraciones empresariales, constituye una de las herramientas para apoyar el desarrollo del proceso de liberalización del sector eléctrico europeo y, simultáneamente, resolver algunos problemas detectados en este proceso. En punto al sector eléctrico europeo, la liberalización pretende -entre otros objetivos- el fortalecimiento de las conexiones transfronterizas, la eliminación de las barreras de entrada, la separación contable, jurídica y funcional de actividades, el libre acceso de terceros a las redes, mantener una estructura industrial competitiva y eficiente, etc. Así pues, el control comunitario de concentraciones empresariales, es un instrumento útil para avanzar en el logro de estos objetivos, aunque no puede ser considerado *per se* un instrumento directo de la política y del proceso de liberalización, sino que debe ser entendido como un instrumento de apoyo.

XXXI

En Europa, gracias a la liberalización del sector energético, la consolidación de empresas y la búsqueda incesante de nuevos mercados es un proceso irreversible que seguirá avanzando mediante la ejecución de operaciones de concentración empresarial. Este proceso debería culminar con la creación de un mercado paneuropeo de la energía, donde

sea común -tratándose de grandes consumidores- el uso de los llamados contratos paneuropeos de suministro de energía; es decir, un contrato de suministro mediante el cual una empresa *multiutility* atiende todas las necesidades de gas y electricidad del cliente en todos los países de la Unión Europea donde el cliente tenga presencia.

XXXII

El sistema español de control de concentraciones empresariales es un sistema desarrollado que ha tenido notables avances en materia de simplificación de procedimientos, publicidad, transparencia, criterios de evaluación, etc. Además, ha sabido evolucionar con fundamento en la experiencia adquirida en la aplicación de la normativa, como ha sido puesto de relieve en la Ley 15/2007. No obstante, es criticable que en esta Ley se hayan mantenido mecanismos que posibilitan la intervención del Gobierno en el procedimiento de control.

XXXIII

Aunque durante el proceso de elaboración de la Ley 15/2007, la mayor parte de la doctrina coincidía en la necesidad de limitar al máximo, o eliminar, cualquier facultad de intervención del Gobierno en el procedimiento de control de concentraciones, esta facultad de intervención se mantuvo, en línea con la tendencia de otros países europeos. Esta intervención política, definida en los artículos 10.4 y 60 de la Ley 15/2007, no es lo suficientemente restrictiva y aún conserva un amplio margen de discrecionalidad, que restringe la independencia y la seguridad jurídica del sistema español de control de concentraciones.

XXXIV

Desde el punto de vista estadístico, son escasos los supuestos en que el Gobierno interviene en el proceso de control de concentraciones o, al hacerlo, se aparta de la decisión de la autoridad de competencia. No obstante, es innegable que buena parte de estos casos de intervención política se han presentado en operaciones de concentración en

el sector eléctrico. A nuestro entender, no pueden admitirse los argumentos que minimizan la intervención política basándose en su escasa importancia estadística, toda vez que esta intervención, tratándose del sector eléctrico español, ha tenido consecuencias directas en el desarrollo del mercado energético nacional.

XXXV

En materia de concentraciones ejecutadas en el sector eléctrico, es criticable que en la Ley 15/2007 se haya consagrado expresamente la “garantía de un adecuado mantenimiento de los objetivos de la regulación sectorial”, como uno de los criterios de interés general, que puede justificar la evaluación de una concentración por el Consejo de Ministros. Al ser el sector eléctrico un sector regulado, obviamente la intervención del Consejo de Ministros -en la valoración de una concentración ejecutada en este sector- estará justificada por este criterio, que, a nuestro modo de ver, se caracteriza por una significativa ambigüedad y generalidad. Esta ambigüedad permite al Gobierno actuar con una amplia discrecionalidad a la hora de valorar una concentración en este sector, situación que, a nuestro parecer, debía haberse evitado en la redacción de la Ley 15/2007.

XXXVI

Cuando el Consejo de Ministros evalúe una concentración de empresas, sobre la base del mantenimiento de los objetivos de la regulación sectorial, surgen, entre otros, los siguientes interrogantes: ¿Para el Gobierno, cuáles son las condiciones adecuadas para mantener los objetivos de la regulación sectorial y como se conocen estas condiciones?; ¿Cómo se valora el mantenimiento de los objetivos de la regulación sectorial frente al mantenimiento de la competencia efectiva?; ¿Por qué tiene que intervenir el Gobierno en el mantenimiento de los objetivos de un sector económico determinado, si la CNC ha tomado una decisión técnica conociendo el respectivo informe que la autoridad sectorial (CNE, CMT, etc) le ha remitido durante el proceso de evaluación y que, en teoría, también tiene en cuenta la defensa de los objetivos de la regulación sectorial?. En nuestra opinión, el modelo de intervención gubernamental fijado en la LDC no contesta a los

interrogantes anteriormente planteados y abre la puerta para que desde el procedimiento de control de concentraciones –políticamente- se regule *ad hoc* el sector estratégico involucrado en la operación, sobre todo tratándose del sector eléctrico o, en general, del sector energético.

XXXVII

A nuestro modo de ver, en el caso de concentraciones en el sector eléctrico español, el Gobierno ha intervenido de dos maneras. En primer lugar, mediante su participación directa -atribuida por la Ley- en el procedimiento de control. En segundo lugar, mediante las reformas legislativas promovidas durante el desarrollo de las concentraciones, que afectan su curso regular. Un ejemplo específico de esta posibilidad, la encontramos en el caso de la OPA de E.ON sobre Endesa. Tal intervención, asociada a un problema de inestabilidad regulatoria, ha sido la muestra más evidente de intervención política directa en el proceso de concentraciones en el sector eléctrico español, agravado por la circunstancia de que se trataba de una operación con dimensión comunitaria, fuera del ámbito de competencia de las autoridades nacionales. A pesar de que en el año 2008, las facultades otorgadas a la CNE fueron declaradas incompatibles con el Ordenamiento comunitario, gracias a su aplicación inicial, el desarrollo normal de la OPA de E.ON fue obstaculizado, hasta lograr el fracaso de la oferta inicial de la empresa alemana.

XXXVIII

Una de las principales debilidades del marco institucional del sector eléctrico español es la falta de independencia y autonomía de la Comisión de regulación sectorial. La teoría regulatoria sostiene que, para crear mercados eléctricos competitivos, es vital la independencia del regulador de los poderes políticos que, comúnmente, buscan ejercer influencia en este sector. Si partimos del presupuesto de que la CNE es una autoridad sectorial independiente, ajena a cualquier influencia política, cabe preguntarse ¿por qué el Gobierno instrumentalizó su intervención en el desarrollo de la OPA de E.ON, mediante la modificación de las funciones de la CNE? Las suspicacias sobre la falta de

independencia de la Comisión fueron confirmadas al conocer las 19 condiciones impuestas por la CNE a E.ON, en el escrito de aprobación condicionada de la concentración. Condiciones que, obviamente, fueron declaradas ilegales por la Comisión Europea al ser contrarias a la libre circulación de capitales y al derecho de establecimiento.

XXXIX

Cuando se hace referencia a la capacidad de reformar la estructura competitiva del sector eléctrico español mediante el control de concentraciones, no debe identificarse la consolidación de empresas que puedan competir en un futuro mercado único de la energía, con la formación de gigantes empresariales, conocidos como “campeones nacionales”, cuyo excesivo poder de mercado deteriora las condiciones de competencia en el mercado nacional. En este sentido, debería ser tarea exclusiva de la autoridad de competencia hacer compatible los intereses competitivos de las empresas nacionales -en el marco del mercado energético europeo- y las condiciones de competencia deseables y practicables en el sector energético nacional.

XL

La formación de campeones energéticos europeos, tipo EDF o E.ON, solamente se concibe mediante el respaldo político, teniendo en cuenta la excesiva posición de dominio de la que gozan en sus respectivos mercados nacionales. A este respecto, E.ON es el caso paradigmático de crecimiento empresarial mediante la ejecución de concentraciones y de complicidad política en su estrategia de crecimiento. Con fundamento en la experiencia de otros países, la creación de enormes empresas *multiutilities* riñe con el mantenimiento de un sector energético competitivo en los mercados nacionales.

XLI

La intervención política en el control de concentraciones en el sector energético europeo responde a muestras de proteccionismo y nacionalismo económico que han obstaculizado el proceso de liberalización del sector. Además, todavía subsisten en los Ordenamientos Jurídicos europeos medidas como derechos de veto o limitación de derechos de voto, que afectan a los procesos de control de concentraciones, incluidas, claro está, las concentraciones en el sector energético. Este proteccionismo económico también está relacionado con el interés político de contar con importantes empresas nacionales, que puedan negociar con mayor suficiencia el aprovisionamiento de la energía -gas, carbón, petróleo, etc-, garantizando así un aprovisionamiento energético más fiable; tema sensible en los países europeos, carentes -en su mayoría- de fuentes energéticas propias.

XLII

En las concentraciones en el sector eléctrico, tanto la CNE como la CNC, consideran que el mercado mayorista de producción de electricidad continua limitado al territorio peninsular español. Esta decisión responde a la -todavía- insuficiente capacidad de interconexión con Portugal. Mientras esta capacidad no aumente, en relación con la demanda de electricidad, no será posible ampliar el ámbito geográfico del mercado de producción de electricidad o de cualquier otro mercado eléctrico. Esta circunstancia entorpece la consolidación del MIBEL como mercado regional de electricidad y, en consecuencia, constituye un obstáculo que podría retrasar la integración de la península en el funcionamiento del mercado común de la energía.

XLIII

En el control de concentraciones en el sector eléctrico español ha sido reiterada la referencia, por parte de la autoridad de competencia y de la autoridad sectorial, a la existencia de importantes barreras de entrada, que dificultan las condiciones de competencia en el sector. A saber, el riesgo regulatorio, la propiedad de activos estratégicos por parte de los operadores dominantes, la insuficiente capacidad de las

interconexiones internacionales, el excesivo grado de concentración de la industria y la integración vertical de las empresas dominantes. En este sentido, la intervención política en el procedimiento de control de concentraciones puede entenderse como una barrera de entrada estructural del sector eléctrico español.

XLIV

Ha constituido una práctica reiterada en el análisis de concentraciones del sector eléctrico español, que la autoridad de competencia imponga requisitos a la operación, tendentes a contrarrestar o mitigar los efectos anticompetitivos derivados de las barreras de entrada existentes. Estas medidas pretenden que en el sector eléctrico sea más “expugnable”, es decir, que gracias a la reducción de las barreras de entrada, los operadores dominantes ajusten su conducta a la posibilidad real de entrada de nuevos competidores, situación que influye directamente en el proceso de formación de precios, mejorando así las condiciones de competencia.

XLV

La existencia de poder de mercado en el sector eléctrico español es una realidad, especialmente en el mercado mayorista, así como el riesgo de que las empresas dominantes ejerzan este poder de forma anticompetitiva, bien de manera unilateral o coordinada. Por estas razones, es destacable que el control de concentraciones haya incorporado más elementos de juicio a su análisis, con la finalidad de determinar la capacidad real que tienen las empresas de ejercer su poder de mercado de forma anticompetitiva. En especial, teniendo en cuenta los nuevos retos que se derivan, en materia de competencia, de la convergencia de los negocios del gas y la electricidad.

XLVI

A nuestro modo de ver, la principal tarea que debe emprenderse en el sector eléctrico español es el incremento de la capacidad de las redes de interconexión internacional. El fortalecimiento de las redes de interconexión con Portugal permitiría el pleno

funcionamiento del MIBEL como mercado único organizado. A su vez, el fortalecimiento de las redes con Francia permitiría incrementar las exportaciones e importaciones de electricidad, abriendo la puerta a una mayor presión competitiva del exterior sobre el mercado eléctrico peninsular. Una situación de esta naturaleza tendría dos consecuencias fundamentales para el devenir del sector. En primer lugar, permitiría que en el caso de una concentración entre empresas españolas (que derivase en la creación de una gran empresa *multiutility*) fuese factible ampliar la dimensión del mercado geográfico relevante, aumentando las posibilidades de autorización de la operación. En segundo lugar, mejoraría las posibilidades de que el MIBEL, como mercado regional, se integrara con otros mercados eléctricos europeos, favoreciendo el desarrollo del mercado único.

XLVII

A nuestro juicio, la apertura total a la competencia de los mercados energéticos nacionales (como paso previo necesario para alcanzar un mercado común de la energía) no es una prioridad para buena parte de los Gobiernos europeos. A la vista de sus actuaciones, para algunos Gobiernos resulta prioritario el fortalecimiento de sus empresas nacionales, mediante la creación de los llamados “campeones nacionales”, y el mantenimiento de un margen de control sobre la industria energética, considerada “estratégica”.

XLVIII

En el caso español, la intervención del Gobierno en los procesos de concentraciones no ha servido para defender ninguno de los objetivos que justifican tal intervención. Es decir, ni se ha defendido el interés general (toda vez que la principal empresa energética española ha pasado a ser controlada por una empresa pública italiana), ni se ha creado un “campeón nacional” (como E.ON, ENEL o EDF) cuando se presentó la oportunidad para hacerlo. De acuerdo con este balance, debe valorarse la justificación de esta intervención del Gobierno en los procesos de concentración. A nuestro entender, la intervención

política entorpece las condiciones de transparencia y seguridad jurídica que deben imperar en este sector. La protección de los intereses nacionales no justifica la intervención política en el procedimiento de control, puesto que en este procedimiento la facultad decisoria debería recaer exclusivamente en la autoridad de defensa de la competencia. Autoridad que, gracias a las valoraciones de la Comisión sectorial, podría tomar una decisión técnica sin descuidar la defensa de intereses que atañen al sector energético nacional, como la seguridad del suministro, su calidad, la continuidad, la competitividad, etc.

XLIX

La intervención del Gobierno en el procedimiento de concentraciones en el sector eléctrico, contrasta con la labor ejemplar de España, en materia de incorporación al Ordenamiento jurídico interno de la normativa comunitaria de liberalización de los sectores energéticos. España ha traspuesto buena parte de esta normativa comunitaria, sin mayor demora y mediante la adopción de los mecanismos adecuados para aplicar este proceso de liberalización. Así pues, la pregunta que surge es ¿por qué se mantiene el intervencionismo cuando se ha mostrado una actitud favorable al proceso de liberalización?. La respuesta, en nuestra opinión, subyace en un tema de confianza. En efecto, la intervención del Gobierno en esta materia obedece a que todavía no se asume que la liberalización y la competencia benefician a los usuarios, a la industria y a los países. Se mantiene la desconfianza y el recelo en el desarrollo del mercado común de la energía. Además, se aprovecha la falta de efectividad de los mecanismos jurídicos comunitarios, destinados a velar por el cumplimiento de la normativa comunitaria, para defender lo que cada Estado considera sus “intereses nacionales” y sus “sectores estratégicos”.

L

En Colombia, la reforma estructural del sector eléctrico ha traído importantes beneficios para las empresas, los usuarios y para la economía nacional. En efecto, la solidez

alcanzada por algunas empresas en el mercado colombiano les ha permitido participar competitivamente en otros mercados energéticos de la región. Por su parte, los usuarios se han beneficiado de la mejora en la calidad del servicio. La defensa de sus derechos ha mejorado ostensiblemente gracias a los mecanismos previstos en la Ley y las aportaciones de la jurisprudencia. Finalmente, el Estado ha tenido la oportunidad de obtener importantes recursos de la venta de su participación en empresas del sector, que le han permitido desarrollar proyectos en otros sectores económicos.

LI

A pesar de los avances estructurales del sector eléctrico colombiano, lamentablemente, el sector público aun sigue presente como empresario, con índices de participación elevadamente significativos. A nuestro modo de ver, la participación del Estado en el sector eléctrico, como agente prestador del servicio, debe ser el último recurso previsto para situaciones en las que el servicio no pueda ser prestado por particulares. En estos casos, el Estado debe asumir su deber constitucional como garante de la prestación efectiva del servicio a los ciudadanos y debe intervenir directamente actuando como empresario. En cualquier otra situación, el Estado debe limitarse a cumplir con rigor sus funciones de regulación, vigilancia y control, dejando que sean los particulares quienes compitan –especialmente- en los mercados de generación y comercialización de electricidad.

LII

La realidad económica y social del Estado colombiano exige que el sector público (en el ámbito nacional, departamental y/o municipal) se concentre en tareas que demandan la máxima atención pública: seguridad, educación, salud y fomento de infraestructuras. La producción de electricidad, su transporte, distribución y comercialización no son funciones que, a la vista de las necesidades del país, deban ser asumidas por los poderes públicos.

LIII

Debe valorarse positivamente la reforma introducida por la Ley 1340/09 en el sistema de control de concentraciones, que actualiza este sistema. No obstante, es necesario insistir en la necesidad de que la SIC publique -a la mayor brevedad posible- una guía de valoración de las concentraciones empresariales o que, en el desarrollo de la Ley, se puntualicen determinados aspectos que generan incertidumbre. Por ejemplo, los criterios específicos que la SIC tiene presente en la actualidad para determinar la cuota de mercado en procesos de concentración.

LIV

El control de concentraciones en Colombia precisa mayores avances en aspectos críticos como la publicidad de los criterios de evaluación, que fundamenta las decisiones de la SIC. En punto a los argumentos que justifican la reserva sobre la base del mantenimiento de la confidencialidad de determinada información, a nuestro entender, tal problemática se podría salvar mediante la publicación de una versión pública de la decisión (en la que se omitiese la información confidencial) y otra privada, independientemente del sentido de la resolución, como sucede en España con las decisiones tomadas por la Comisión Nacional de la Competencia.

LV

En materia de control de concentraciones en el sector eléctrico colombiano, durante el periodo 1999-2004, a la luz de la interpretación de la normativa vigente y de la jurisprudencia, no existía unanimidad en torno a si la SIC, en su calidad de autoridad nacional de competencia, era competente para conocer los procesos de concentración en el sector de los servicios públicos. También influía en la discusión el hecho de que, en el sector eléctrico y en el sector del gas, existía una autoridad especial de vigilancia y control -la SSPD- y una comisión de regulación sectorial, la CREG, cuyas competencias en la materia no estaban del todo claras. Después de revisar la doctrina de estas autoridades, era evidente la incertidumbre existente en empresas y particulares; pero –

además- llama la atención que tampoco existía un criterio uniforme al respecto entre las mismas autoridades.

LVI

La problemática sobre la autoridad competente en materia de control de concentraciones en el sector eléctrico, fue convenientemente resuelta por la Ley 1340/2009, que institucionalizo a la SIC como la única autoridad autorizada para conocer y controlar todas las operaciones de concentración empresarial ejecutadas en Colombia, independientemente del sector económico en que se lleven a cabo. Debe alabarse la consolidación de la SIC como autoridad única de control, toda vez que de esta forma se simplifica el sistema de evaluación de concentraciones; al mismo tiempo se avanza en materia de seguridad jurídica; y, finalmente, se envían las señales adecuadas al mercado para favorecer la inversión e impulsar la dinámica económica del país.

LVII

A pesar de la consagración del principio de autoridad única a favor de la SIC, en la Ley se mantuvieron algunas excepciones como la competencia de la Superintendencia Financiera en las concentraciones de empresas sometidas a su vigilancia. A este respecto debemos resaltar que rechazamos esta excepción, a la vista del amplio número de empresas vigiladas por esta entidad. En nuestra opinión, las concentraciones en las que participan empresas sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Financiera, también deberían estar reservadas a la SIC, en defensa de la unidad, transparencia y seguridad jurídica que debe garantizar el sistema colombiano de control de concentraciones.

LVIII

En Colombia, el crecimiento de las empresas del sector eléctrico está restringido por los límites a la participación horizontal y vertical impuestos por la ley y la regulación sectorial. De esta manera, se busca evitar que, a través de estrategias de crecimiento empresarial -como las operaciones de concentración-, se consoliden posiciones de

dominio anticompetitivas en un mercado o se viole el principio de separación de actividades imperante en el sector. Hasta el momento, todas las operaciones de concentración que se han ejecutado en el sector eléctrico colombiano han respetado los límites fijados en la norma. Esta característica de la regulación del sector eléctrico colombiano explica porque, hasta la actualidad, la SIC no ha tenido un excesivo protagonismo a la hora de evaluar las operaciones de concentración en el sector, a diferencia de lo que sucede en el sector eléctrico de otros países como España.

LIX

En Colombia, la existencia de limitaciones precisas a la participación empresarial en el sector eléctrico (que condiciona el papel de la SIC en el control de concentraciones) se sustenta en una razón determinante. A saber: consciente de la tendencia de los mercados eléctricos a la colusión, a la formación de oligopolios, etc., la intención del legislador nacional fue liberalizar el sector de una manera organizada. De suerte que la apertura a la competencia se orientara por un modelo de mercado competitivo previamente recreado. De esta manera, no se dejaba a la voluntad del mercado la participación de empresas en el sector, sino que la apertura a la competencia debía ajustarse a unos criterios previamente definidos -uno de ellos los límites a la participación- que garantizaban su funcionamiento competitivo, según el criterio del legislador y el regulador sectorial.

LX

Antes de ejecutar cualquier concentración, las empresas deben verificar sus índices y porcentajes de participación en el mercado o en las empresas. De tal manera que, después de ejecutada la concentración, no excedan los límites fijados por la autoridad sectorial. Los límites a la participación horizontal y vertical de las empresas en el sector eléctrico, fijados por la CREG, son una expresión de la función regulatoria que busca asegurar la libre competencia y determinar aspectos técnico-operativos que permitan la prestación eficiente del servicio eléctrico.

LXI

La posibilidad de que EEPPM adquiriera ISAGEN al Estado, lesionaría el marco constitucional y legal vigente en el sector eléctrico. De concretarse esta operación, el Estado incumpliría su deber constitucional de procurar la competencia efectiva, al superarse los límites de participación que fueron establecidos para evitar –precisamente– la consolidación de posiciones de dominio potencialmente anticompetitivas. Por su parte, el marco institucional y regulador del sector eléctrico perdería toda su credibilidad, al ser vulnerado por el propio sector público –Administración Nacional y Administración Municipal–, actores que deben ser los más cautelosos por su debido respeto. Una vulneración de esta naturaleza tendría graves repercusiones en la confianza que depositan los inversionistas en las instituciones del sector y en el rigor a la hora de aplicar las normas que regulan el sector. A este respecto, no hay que olvidar que ha sido la confianza en el marco institucional y regulador vigente, la que ha permitido la evolución y el crecimiento del sector eléctrico colombiano. Por esas razones, si se materializase tal operación, la SIC no debería autorizarla.

LXII

Hasta la actualidad, en Colombia, el sistema de limitación a la participación de las empresas en el sector eléctrico ha funcionado adecuadamente, teniendo en cuenta que los últimos quince años pueden ser considerados como una etapa inicial del proceso de liberalización. Por esta razón, el incremento de la participación de las empresas en el mercado, a través de operaciones de concentración, no ha requerido una participación activa de la autoridad de competencia, puesto que todas las empresas participantes en operaciones de concentración, han gestionado adecuadamente su estrategia de crecimiento cumpliendo los límites a la participación en el mercado y en las empresas. No obstante, consideramos que a partir de ahora este mecanismo –por sí mismo– se torna insuficiente para garantizar las condiciones de competencia deseadas en el sector, a la vista de las elevadas participaciones que han adquirido algunas empresas en los mercados

de generación y comercialización, a la estructura de la propiedad de las empresas del sector y al grado de integración vertical.

LXIII

Sobre la base de la reciente reforma de la normativa de competencia, estimamos necesario que la SIC asuma un papel protagonista en el control de las concentraciones del sector, evaluando a fondo cada una de estas operaciones, haciendo públicas sus evaluaciones y pronunciándose expresamente sobre el impacto de estas concentraciones en los principales aspectos problemáticos para las condiciones de competencia del sector. A saber: la estructura de propiedad de las empresas del sector, en particular, la propiedad del Estado en estas empresas y su posición en los mercados relevantes; la estructura de propiedad del principal transportador de electricidad (ISA), en particular, la participación que tienen el Estado y empresas como EEPPM; la condición del operador del mercado (XM) como empresa filial de ISA y su relación con EEPPM; el grado de concentración del mercado de generación; las condiciones de competencia deseadas en el sector eléctrico a la luz de los procesos de expansión de la capacidad de generación y el papel de los operadores dominantes en estos procesos de expansión.

LXIV

En atención a las características de prestación del servicio eléctrico existentes en el ZNI (ausencia de un modelo de mercado en competencia, régimen retributivo especial, empresas verticalmente integradas, áreas de servicio exclusivo, etc), en Colombia, la definición del mercado geográfico afectado por una concentración empresarial debe partir del territorio que abarca el SIN. A partir del territorio que abarca este sistema, la autoridad de competencia debe delimitar aun más el mercado geográfico relevante, teniendo en cuenta dos aspectos. En primer lugar, las actividades del servicio eléctrico involucradas en la concentración; y, en segundo lugar, la posibilidad de que -dependiendo de la actividad eléctrica- se definan mercados geográficos de orden nacional, regional, departamental o municipal.

LXV

Una característica fundamental del sistema colombiano de control de concentraciones es que la normativa de competencia no contempla expresamente la posibilidad de una intervención directa del Gobierno en el procedimiento de control. Esta característica se evidencia porque –hasta el día de hoy- ninguna concentración empresarial (naturalmente, tampoco las ejecutadas en el sector eléctrico) ha sido sometida a la valoración de un órgano político, como por ejemplo, el Consejo de Ministros.

LXVI

Se observa con preocupación que en la reciente reforma de la normativa de la competencia se ha incluido un artículo (artículo 32, Ley 1340 de 2009) que, a nuestro juicio, abre la puerta para que eventualmente el Gobierno pueda intervenir en el proceso de control de una concentración. Consideramos que, según como está redactada la norma, es tal su generalidad y ambigüedad, que podría argumentarse que una concentración en el sector eléctrico es una situación ajena a los productores nacionales, cuyos efectos distorsionan las condiciones de competencia en uno o varios mercados relevantes del sector eléctrico. Por lo tanto, con fundamento en un razonamiento de esta naturaleza, el Gobierno -a través del Ministerio competente- podría justificar su intervención en el proceso de control de una concentración.

LXVII

A nuestro juicio, la redacción del artículo 32 de la Ley 1340 de 2009 permite la aplicación por parte del respectivo Ministerio, de todo tipo de medidas sobre la concentración evaluada. Sobre este particular, la pregunta que cabe hacerse es ¿qué tipo de medidas podría tomar el respectivo Ministerio para compensar o regular las condiciones de competencia del mercado relevante afectado y que han sido distorsionadas por la respectiva concentración? La norma citada no lo menciona. Tampoco existe, actualmente, un desarrollo del artículo que aclare su alcance. Así pues,

consideramos que -en la actualidad- podrían tomarse discrecionalmente medidas de toda índole (esto es, medidas de carácter estructural y/o de comportamiento), que se estimasen suficientes para compensar o regular las condiciones de los mercados involucrados.

LXVIII

Resulta desaconsejable que en Colombia la normativa de competencia haya abierto la puerta a una intervención política que, eventualmente, podría incidir en el control de concentraciones. Sobre todo si se tiene en cuenta que, para el desarrollo de la normativa de control de concentraciones, el legislador nacional ha tenido la oportunidad de verificar la experiencia de países con legislaciones más avanzadas, constatando los inconvenientes de la intervención política en el control de estas operaciones. En este sentido, llamamos la atención sobre el efecto que podría tener la aplicación del tan citado artículo 32 de la Ley 1340 en materia de control de concentraciones en el sector eléctrico, porque – precisamente- en este sector económico es donde podría presentarse con mayor facilidad una intervención política de esta naturaleza, como hemos tenido la oportunidad de comprobar en el caso de España.

LXIX

Además de los efectos en punto a la seguridad jurídica del sistema colombiano de control de concentraciones, el artículo 32 de la Ley 1340, podría obstaculizar el desarrollo del sector eléctrico colombiano. Sector económico que -a nuestro juicio- presenta las mejores perspectivas de crecimiento futuro, gracias a los siguientes factores: el intenso crecimiento que ha experimentado en la última década; la madurez y estabilidad del marco regulatorio en comparación con otros países de la región; la autoridad e independencia de la Comisión de Regulación; su potencial de expansión gracias a los recursos naturales disponibles; su atractivo para los inversionistas nacionales y extranjeros; el proceso de integración energética en América Latina (en pleno desarrollo y prioritario objetivo regional) y la intención política y empresarial de convertir el sector eléctrico colombiano en el eje de la integración energética regional.

LXX

Así las cosas, es necesario precisar que en Colombia deben seguirse las siguientes acciones puntuales, necesarias para mejorar el control de concentraciones en el sector eléctrico:

- a) La CREG, como autoridad de regulación del sector eléctrico, debe reafirmar la vigencia del artículo 4 de la Resolución 042 de 1999 (que consagra a la SIC como la autoridad que, previamente, debe ser informada sobre las concentraciones en el sector) en el marco de las recientes reformas llevadas a cabo en la normativa de competencia.
- b) La CREG debe pronunciarse expresamente sobre la vigencia de los límites a la participación horizontal en el mercado de generación de electricidad.
- c) El legislador debe precisar las condiciones de intervención de las autoridades de regulación sectorial -como la CREG- en las concentraciones evaluadas por la SIC. En especial, es necesario definir el ámbito de discrecionalidad de las Comisiones de regulación, a la hora de emitir un concepto sobre la concentración evaluada por la autoridad de competencia.
- d) La SIC debe publicar una versión de consulta pública de sus decisiones en materia de control de concentraciones, que incluya los criterios de evaluación de la operación.
- e) La SIC debe publicar unas “Directrices Consolidadas” de sus criterios de evaluación en materia de concentraciones verticales y horizontales. Lo mismo se puede decir en materia de compromisos o soluciones aceptables.

f) La SIC debe pronunciarse sobre la estructura de la propiedad de las empresas que participan en el sector eléctrico colombiano, en el marco de las normas que limitan la participación (vertical y horizontal) en el sector.

g) Es necesario que en la legislación colombiana se definan procedimientos e instrumentos que, en materia de control de concentraciones, permitan a la SIC coordinar sus funciones con otras autoridades de competencia internacionales, en particular con autoridades de la región.

h) En el desarrollo del artículo 32 de la Ley 1340, la intervención del Estado prevista en la norma, no debe traducirse en mecanismos de intervención política en el sistema de defensa de la competencia. En este sentido, abogamos por la exclusión de la intervención política del sistema colombiano de control de concentraciones.

BIBLIOGRAFÍA

1. Obras monográficas y de carácter general.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar; *“Principios de Derecho Público Económico”*, Editorial Comares, Fundación de Estudios de Regulación, Tercera Edición, Granada, 2004.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar; DE LA CUETARA, Juan Miguel y NORIEGA, Raquel; *“Nuevo Papel del Estado en Sectores Regulados”*, Editorial Deusto, Barcelona, 2005.

ARIÑO, Gaspar y LOPEZ DE CASTRO GARCIA MORATO, Lucia; *“Derecho de la Competencia en Sectores Regulados”*, Editorial Comares, Granada, 2001.

ASOCIACION COLOMBIANA DE GENERADORES DE ENERGIA ELECTRICA; *“La Expansión de la Generación Eléctrica en Colombia: 2010-2018”*, ACOLGEN, Bogotá, 2008.

AVILA NAVARRO, Pedro; *“Transformaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles. Ley 3/2009”*, Editorial Bosch, Barcelona, 2009.

BRAMBILA, Héctor Viscencio; *“Economía para la Toma de Decisiones”*, Editorial Thomson Paraninfo, México, 2002.

BREALEY, Richard A; MYERS, Stewart C y ALLEN, Franklin; *“Fundamentos de Finanzas Corporativas”*, Editorial Mc Graw Hill, Quinta Edición, Madrid, 2007.

-- *“Principios de Finanzas Corporativas”*, Editorial Mc Graw Hill, Madrid, 2006.

BREALEY, Richard A; MYERS, Stewart C. y MARCUS, Alan J; *“Fundamentos de Finanzas Corporativas”*, Editorial Mc Graw Hill, Madrid, 2007.

BROSETA PONT, Manuel y MARTÍNEZ SANZ, Fernando; *“Manual de Derecho Mercantil”*, Volumen I, Decimoquinta Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2008.

CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZALEZ, Javier; *“Las Concentraciones de Empresas”*, Editorial Colex, Madrid, 2006.

CAMERON, Peter; *“Competition in Energy Markets”*, Editorial Oxford University Press, Segunda Edición, Oxford, 2007.

-- *“Competition in Energy Markets”*, Editorial Oxford University Press, Oxford, 2002.

CHALMERS, Damian; HADJIEMMANUIL, Christos; MONTI, Giorgio y TOMKINS, Adam; *“European Union Law”*, Editorial Cambridge University Press, Nueva York, 2006.

CHILD, Graham y BELLAMY, Christopher; *“European Community Law of Competition”*, Editorial Oxford University Press, Sexta Edición, Nueva York, 2008.

CIDONCHA, Antonio; *“La Libertad de Empresa”*, Editorial Thomson Civitas, Instituto de Estudios Económicos, Navarra, 2006.

CODOGNET, Marc-Kévin; GLACHANT, Jean-Michel; LÉVÊQUE, François y PLAGNET, Marie-Anne; *“Mergers and Acquisitions in the European Electricity Sector. Cases and Patterns”*, Centre d’économie industrielle (CERNA), Ecole Nationale Supérieure des Mines de Paris, Paris, 2002.

COMISION EUROPEA; *“Informe sobre la Política de Competencia 2006”*, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas , Luxemburgo, 2007.

--*“XXXIII Informe sobre la Política de Competencia 2003”*, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 2005.

COSCULLUELA MONTANER, Luis y LOPEZ BENITEZ, Mariano; *“Derecho Publico Económico”*, Editorial Iustel, Madrid, 2007.

COSTAS COMESAÑA, Julio; *“Los Cártels de Crisis”*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1997.

CREUS CARRERAS, Antonio, AMADOR PEÑATE, Olivia y PEREZ OLMO, Gerard; *“Código de Derecho de la Competencia”*, Editorial La Ley, Madrid, 2006.

DABBAH, Maher M.; *“EC and UK Competition Law”*, Editorial Cambridge University Press, Cambridge, 2004.

DE LA CRUZ FERRER, Juan; *“La Liberalización de los Servicios Públicos y el Sector Eléctrico.”*; Editorial Marcial Pons, Madrid, 1999.

--*“Principios de Regulación Económica en la Unión Europea”*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2001.

DEL GUAYO CASTIELLA, Iñigo; LÓPEZ MILLA, Julián y HANCHER, Leigh; *“Competencia y Regulación. Un Análisis de la OPA de Gas Natural sobre Endesa”*, Editorial Dilex, Madrid, 2006.

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN; *“Esquemas de Gestión para la Prestación del Servicio de Energía Eléctrica en las Zonas No Interconectadas”*, Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES), núm. 3453, Bogotá, 2006.

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN; *“Estrategia para Adelantar un Programa de Aprovechamiento de Activos y Enajenación de Participaciones de la Nación y sus Entidades en Empresas Públicas y Privadas”*, Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES), núm. 3281, Bogotá, 2004.

DIEZ MORENO, Fernando; *“Manual de Derecho de la Unión Europea”*, Editorial Thomson Civitas, Tercera Edición, Navarra, 2005.

EUROSTAT; *“Europe in Figures, Eurostat Yearbook 2008”*, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 2008.

FABRA UTRAY, Jorge; *“Liberalización o Regulación? Un Mercado para la Electricidad”*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2004.

FAIMBOIM YAKER, Israel y RODRIGUEZ RESTREPO, Carlos Jorge; *“El Desarrollo de la Infraestructura en Colombia en la Década de los Noventa”*, Parte I; Serie Reformas Económicas, núm. 51, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Chile, 2000.

FAULL, Jonathan y NIKPAY, Ali; *“The EC Law of Competition”*, Editorial Oxford University Press, Segunda Edición, Nueva York, 2007.

FERNÁNDEZ NAVARRETE, Donato; *“Fundamentos Económicos de la Unión Europea”*, Editorial Thomson, Madrid, 2007.

FRESHFIELDS BRUCKHAUS DERINGER; *“Electricity Regulation in 30 Jurisdiction Worldwide, 2006”*, Editorial Global Competition Review, Londres, 2005.

FURSE, Mark; *“Competition Law of the EC and UK”*, Editorial Oxford University Press, Oxford, 2006.

GARCIA ESTEVEZ, Pablo; *“Fusiones Comentadas”*, Editorial Prentice Hall, Madrid, 2006.

GONZALEZ VARAS IBÁÑEZ, Santiago; *“Los Mercados de Interés General: Telecomunicaciones y Postales, Energéticos y de Transportes”*, Editorial Comares, Granada, 2001.

HERNANDEZ, Juan Carlos; *“Regulación y Competencia en el Sector Eléctrico: Evolución, Regulación Actual y Perspectivas de Futuro”*, Editorial Thomson Aranzadi, Navarra, 2005.

HERRERO SUAREZ, Carmen; *“Los Contratos Vinculados (Tying Agreements) en el Derecho de la Competencia”*, Editorial La Ley, Madrid, 2006.

HITT, Michael A; IRELAND R. Duane; HOSKISSON, Robert E; *“Administración Estratégica”*, Quinta Edición, Cengage Learning Editores, Madrid, 2003.

IMMENGA, Ulrich; *“El Mercado y el Derecho”*, Universitat de Valencia, Valencia, 2001.

KRUGMAN, Paul y WELLS, Robin; *“Microeconomía”*, Editorial Reverte, Barcelona, 2006.

LÉVÊQUE, François y MONTURUS, Ricardo; *“Mergers and Acquisitions within the European Power and Gas Sectors. Cases and Patterns”*, Centre d’Économie Industrielle (CERNA), Ecole Nationale Supérieure des Mines de Paris, Paris, 2008.

MACE, Myles L y MONTGOMERY, George G; *“Fusiones y Adquisiciones”*, Editorial Oikos Tau, Barcelona, 1990.

MARCOS FERNANDEZ, Francisco; *“El procedimiento de Control de Concentraciones y la Supervisión por Organismos Reguladores de las Ofertas Públicas de Adquisición”*, CEU Ediciones, Documento de Trabajo Serie Política de Competencia Numero 28/2008, Madrid, 2008.

MARTIN MATEO, Ramón; *“El Marco Publico de la Economía de Mercado”*, Editorial Thomson-Aranzadi, Segunda Edición, Navarra, 2003.

MASCAREÑAS PEREZ-IÑIGO, Juan; *“Fusiones y Adquisiciones de Empresas”*, Editorial Mc Graw Hill, Cuarta Edición, Madrid, 2005.

MASSAGUER, José; *“Comentario a la Ley de Competencia Desleal”*, Editorial Civitas, Madrid, 1999.

MINISTERIO DE ECONOMIA Y HACIENDA, *“Libro Blanco para la Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia”*, editado por el Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 2005.

MUNS ALBUIXECH, Joaquim; *“Lecturas de Integración Económica. La Unión Europea”*, Tercera Edición, Universitat de Barcelona, Barcelona, 2005.

NEBRED A PEREZ, Joaquín María; GONZÁLEZ VARAS IBAÑEZ, Santiago; PASTOR RIDRUEJO, Luis; SALINAS LA CASTA, Eduardo; VÁZQUEZ COBOS, Carlos y LOPEZ-IBOR MAYOR, Vicente (Coord.); *“Comentarios a la Ley de Reforma del Sector Eléctrico (Ley 17 de 2007)”*, Editorial Thomson Civitas, Navarra, 2007.

ORGANIZACIÓN DE COOPERACION Y DESARROLLO ECONOMICO (OCDE) y BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO (BID); *“Derecho y Política de la Competencia en Colombia”*, OCDE, Paris, 2009. Disponible en: <http://www.oecd.org/dataoecd/33/12/44111213.pdf>

ORTIZ BLANCO, Luis; MAÍLLO GONZÁLEZ-ORUS, Jerónimo; IBAÑEZ COLOMO, Pablo y LAMADRID DE PABLO, Alfonso; *“Manual de Derecho de la Unión Europea”*, Editorial Thomson Civitas, Tercera Edición, Navarra, 2005.

PACE, Lorenzo Federico; *“Derecho Europeo de la Competencia: Prohibiciones Antitrust, Control de las Concentraciones y Procedimientos de Aplicación”*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2007.

PADROS REIG, Carlos; *“La Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia. Un Nuevo Marco Institucional de la Defensa de la Competencia en España”*. Documento de Trabajo, Serie Política de la Competencia, Numero 19/2006, Instituto Universitario de Estudios Europeos, CEU Ediciones, 2006.

PEPALL, Lynne; RICHARDS, Daniel y NORMAN, George; *“Organización Industrial”*, Editorial Thomson, Tercera edición, México D.F., 2006.

PEREZ DE ANTON, Francisco; *“La Libre Empresa”*, Unión Editorial, Madrid, 2006.

RAMIRO, Pedro; GONZALEZ, Erika y PULIDO, Alejandro; *“La Energía que Apaga Colombia”*, Editorial Icaria, Barcelona, 2007.

ROBBINS, Stephen y COULTER, Mary; *“Administración”*, Editorial Pearson Prentice Hall, octava edición, México, 2005.

ROZAS BALBONTÍN, Patricio; *“Internacionalización y Estrategias Empresariales en la Industria Eléctrica de América Latina: El Caso de ENDESA”*, Serie Recursos Naturales e Infraestructura, núm. 133, ONU-CEPAL, Santiago de Chile, 2008.

SAMUELSON, Paul A. y NORDHAUS, William; *“Microeconomía”*, Decimoctava Edición, Editorial McGraw Hill, Madrid, 2006.

SÁNCHEZ ALVAREZ, Manuela (Coord.); *“Estudios Jurídicos sobre Operaciones de Reestructuración Societaria.”*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2008.

SÁNCHEZ CALERO, Fernando y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan; *“Instituciones de Derecho Mercantil”*, Volumen I, Editorial Aranzadi, Navarra, 2008.

-- *“Instituciones de Derecho Mercantil”*, Volumen II, , Editorial Aranzadi, Navarra, 2008.

SANCHEZ CALERO, Fernando; *“Ofertas Públicas de Adquisición de Acciones (Opas)”*, Editorial Civitas, Navarra, 2009.

SANCHEZ GRAELLS, Alberto; *“La Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia. La Intervención del Gobierno en el Control de Concentraciones Económicas”*. Documento de Trabajo, Serie Política de la Competencia, Numero 21/2006, Instituto Universitario de Estudios Europeos, CEU Ediciones, 2006.

SANTA MARÍA, Mauricio; VON DER FEHR, Nils-Henrik; MILLAN, Jaime; BENAVIDES, Juan y otros; *“El Mercado de la Energía Eléctrica en Colombia: Características, Evolución e Impacto sobre otros Sectores”*, FEDESARROLLO, Cuadernos de FEDESARROLLO Núm. 30, Bogotá, 2009. Disponible en: www.acolgen.org.co

SENDIN GARCIA, Miguel Ángel; *“Regulación y Servicios Públicos”*, Editorial Comares, Granada, 2003.

SORIANO, José Eugenio; *“La Defensa de la Competencia en España”*, Editorial Iustel, Madrid, 2007.

STIGLITZ, Joseph; *“Los Felices 90”*, Editorial Punto de Lectura, Madrid, 2005.

TAPIA HERMIDA, Alberto J.; *“Fusiones y OPAS Transfronterizas”*, Editorial Thomson Aranzadi, Navarra, 2007.

-- *“El Régimen de las Ofertas Públicas de Adquisición de Acciones (OPAs) en la Unión Europea y en España”*, Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil, Universidad Complutense de Madrid, mayo, 2008. Disponible en: http://eprints.ucm.es/7900/1/A._Tapia.Régimen_OPAs.pdf

TOSATO, Gian Luigi y BELLODI, Leonardo; *“EU Competition Law”*, Vol. I, Editorial Claeys & Casteels, Leuven, 2006.

TOTH, A.G.; *“The Oxford Encyclopaedia of European Community Law”*, Editorial Oxford University Press, New York, 2008.

UNIDAD DE PLANEACION MINERO ENERGETICA (UPME); *“Boletín Estadístico de Minas y Energía 2003-2008”*, Unidad de Planeación Minero Energética, Bogotá, 2008.

UNIDAD DE PLANEACION MINERO ENERGETICA (UPME); *“Plan de Expansion en Referencia. Generación-Transmision 2009-2023”*, UPME, Bogotá, 2009.

UNION OF THE ELECTRIC INDUSTRY (EURELECTRIC); *“Integrating Electricity Markets Through Wholesale Markets: EURELECTRIC Road Map to a Pan-European Market”*, publicación de EURELECTRIC, junio, Bruselas, 2005. Disponible en
http://ec.europa.eu/energy/electricity/report_2005/doc/established_energy_companies/06_c_eurelectric_intergration_of_markets.pdf

URBIZTONDO, Santiago y ROJAS, Juan Manuel; *“La Reforma del Sector Eléctrico Colombiano: Breve Análisis y Crítica Constructiva”*, Documento de Trabajo No. 85, Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas, Buenos Aires, 2005.

VELANDIA, Mauricio; *“Derecho de la Competencia y del Consumo”*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008.

VIVES, Xavier y FEDERICO, Giulio; *“Competencia y Regulación en los Mercados Españoles del Gas y la Electricidad”*, Informes del Centro Sector Publico-Sector Privado, IESE Business School, Universidad de Navarra, Navarra, Noviembre, 2008. Disponible en:
<http://www.iese.edu/es/Research/CentersandChairs/Centers/SPSP/Investigacion/Proyectos/Regulacion/Regulacinycompetencia.asp>

VIVES, Xavier; *“El Reto de la Competencia en el Sector Eléctrico”*, IESE Business School, Universidad de Navarra, Ocassional Paper, OP No. 06/13, julio, 2006. Disponible en: <http://www.iese.edu/research/pdfs/OP-06-13.pdf>

WHISH, Richard; *“Competition Law”*, Editorial Oxford University Press, Oxford, 2009.

WIESNER D, Eduardo; *“Política Energética y Estructura Institucional en Colombia”*, Comisión Nacional de Energía, Bogotá, 1992.

WORLD BANK, ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD); *“A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy”*, The World Bank, OECD, United States, 1998.

ZURITA Y SAENZ DE NAVARRETE, Jaime y GARCIA DE ENTERRIA, Javier; *“La Regulación de las Opas: Comentario Sistemático al Real Decreto 1066/2007, de 27 de julio”*, Editorial Civitas, Navarra, 2009.

2. Artículos doctrinales.

ALBENTOSA PUCHE, Luis; “El Papel del Regulador en el Sector Eléctrico”, en: *Tratado de Regulación del Sector Eléctrico*, Tomo II, Editorial Thomson Aranzadi, Navarra, 2009.

ALLENDESALAZAR CORCHO, Rafael; “Procedimiento de Control de Concentraciones en España. Balance y Algunas Propuestas de Mejora.”, en: *Control de Concentraciones Empresariales, Reforma de las Normativas Comunitaria y Española. Análisis Sectorial*, Editorial Dickinson, Madrid, 2005.

ALONSO LEDESMA, Carmen; “Modificación Estructural”, en: *Diccionario de Derecho de Sociedades*, ALONSO LEDESMA, Carmen (Directora), Editorial Iustel, Madrid, 2006.

ALONSO SOTO, Ricardo; “Derecho de la Competencia”, en: *Lecciones de Derecho Mercantil*, Editorial Thomson Civitas, Cuarta Edición, Madrid, 2006.

-- “El Interés Público en la Defensa de la Competencia”, en: *La Modernización del Derecho de la Competencia en España y en la Unión Europea*, Editorial Marcial Pons, Fundación Rafael del Pino, Madrid, 2005.

--“La Aplicación del Artículo del Tratado 85 CEE a las Concentraciones de Empresas”, en: *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 15, No. 3, Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1988.

--“Las Recientes Modificaciones de la Ley de Defensa de la Competencia. La Necesidad de la Reforma y las Principales Novedades”, en: *El Nuevo Derecho Comunitario y Español de la Competencia*, Editorial BOSCH, Barcelona, 2002.

--“Las Relaciones entre los Derechos Comunitario Europeo y Español de la Competencia”, en: *Tratado de Derecho de la Competencia*, Tomo I, Editorial BOSCH, Barcelona, 2005.

ANUNCIBAY ABAD, Ainhoa; “Medidas de Consecución y Protección del Proceso de Liberalización del Mercado Eléctrico”, en: *Derecho de la Competencia Europeo y Español*, Volumen V, Editorial Dykinson, Madrid, 2004.

ARANA GARCIA, Estanislao, MORAL SORIANO, Leonor y TORRES LOPEZ, María Asunción; “La Convergencia del Mercado Interior de Electricidad y el Mercado

Eléctrico Español”, en: *El Sector Eléctrico en España, Competencia y Servicio Público*, Editorial Comares, Granada, 2007.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar y GUIRADO, Rosa; “El Desafío Europeo y los Nacionalismos Rampantes”, en: *Energía en España y Desafío Europeo*, Editorial Comares, Granada, 2006.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar y LOPEZ DE CASTRO, Lucia; “La OPA Hostil de Gas Natural sobre Iberdrola y el Veto de la CNE”; en: *Energía en España y Desafío Europeo*, Editorial Comares, Granada, 2006.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar; LOPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, Lucia y DE QUINTO ROMERO, Javier; “Costes de Transición a la Competencia (Sector Eléctrico)”, Working Paper No. 31, Madrid, 1999. Disponible en: <http://www.arinoyasociados.com/libros/WPweb/WP31.pdf>

ARIÑO ORTIZ, Gaspar; “Fallos y Logros de los Sistemas Regulatorios”, en: *Regulación, Desregulación, Liberalización y Competencia*, Editorial Marcial Pons, Fundación Rafael del Pino, Madrid, 2006.

-- “Intervención del Estado en las Operaciones Corporativas: La función 14 de la CNE”; en: *Derecho de la Regulación Económica*, Tomo III, Sector Energético, Editorial IUSTEL, Madrid, 2009.

-- “La OPA de Gas Natural y sus Parámetros Fundamentales”, en: *Energía en España y Desafío Europeo*, Editorial Comares, Granada, 2006.

--“La Razón Veraz y la Razón Falsaria. Las Trampas de Europa.”, en: *Energía en España y Desafío Europeo*, Editorial Comares, Granada, 2006.

--“Privatizaciones y Liberalizaciones Energéticas: Balance de Situación”, en: *Energía: Del Monopolio al Mercado*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2006.

--“Los Servicios Energéticos: Organización y Garantía de la Competencia”, en: *El Derecho de la Energía*, Editado por el Instituto Andaluz de la Administración Pública, Sevilla, 2006.

--“Problemas de Competencia en los Sectores Energéticos: ¿Campeones Nacionales o Mercados?”, Working Paper No. 40, Madrid, 2008. Disponible en: <http://www.arinoyasociados.com/libros/WPweb/WP40.pdf>

AROCENA GARRO, Pablo y CASTRO RODRÍGUEZ, Fidel; “La Liberalización de Sectores Regulados”, en: *Boletín Económico de ICE*, No. 2640, Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, Madrid, 2000.

ARPÓN DE MENDIVIL Y DE ALDAMA, Almudena; “La Nueva Regulación sobre Concentraciones Empresariales en España”, en: *El Nuevo Derecho Comunitario y Español de la Competencia*, Editorial Bosch, Barcelona, 2002.

BACIGALUPO SAGGESE, Mariano y FUENTETAJA PASTOR, Jesús Ángel; “Reguladores Nacionales y Europeos en el Mercado Interior de la Electricidad. La Futura Agencia de Cooperación de Reguladores de la Energía”, en: *Derecho de la Competencia y Energía Eléctrica*, Editorial Civitas, Madrid, 2009.

BARRANTES, Begoña; “De las Concentraciones Económicas”, en: *Derecho Español de la Competencia* (Comentarios a la Ley 15/2007, Real Decreto 261/2008 y Ley 1/2002), Tomo I, Editorial BOSCH, Barcelona, 2008.

BEATO BLANCO, Paulina y DELGADO, Juan; “La Liberalización del Sector Eléctrico en España ¿Un Proceso Incompleto o Frustrado?”, en: *Revistas ICE, 75 Años de Política Económica Española*, No. 826, Noviembre, Madrid, 2005.

BELLO MARTIN-CRESPO, María Pilar; “Control de Concentraciones de Empresas”, en: *Derecho de la Libre Competencia Comunitario y Español*, Editorial Thomson-Aranzadi, Navarra, 2009.

BERENGUER FUSTER, Luis; “Comentarios de Urgencia a la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia”, en: *La Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia*, Reflexiones sobre las Principales Novedades, Editado por el Instituto de Derecho y Ética Industrial (IDEI), Madrid, 2008.

BISHOP, Simon; LOFARO, Andrea y ROSATI, Franceso; “Turning the Tables: Why Vertical and Conglomerate Mergers are Different”, en: *European Competition Law Review*, numero 27, entrega 7, Editorial Thomson - Sweet & Maxwell, Oxford, 2006.

BOTANA AGRA, Manuel; FERNÁNDEZ-NÓVOA; Carlos y OTERO LASTRES, Juan Manuel; “Introducción a la Propiedad Industrial”, en: *Manual de la Propiedad Industrial*, capítulo I, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2009.

BRODLEY, Joseph; “Joint Ventures and Antitrust Policy”, en: *Harvard Law Review*, num. 95, Editorial Harvard Law Review Association, Cambridge, 1982.

BROKELMANN, Helmut; “La Reforma del Régimen de Control de Concentraciones en el Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia”, en: *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, numero 241, Editorial Multimedia Einsa, Madrid, 2006.

CALVIÑO, Nadia; “Algunas Reflexiones para el Debate sobre el Tratamiento de las Eficiencias en el Análisis de las Concentraciones Empresariales”, en: *Anuario de la Competencia 2002*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2003.

CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis y CARRASCOSA GONZALEZ, Javier; “El Derecho Europeo de la Competencia: Objeto, Fuentes y Sistemática.”, en: *Derecho Europeo de la Competencia*, Editorial Colex, Madrid, 2000.

CAMERON, Peter; “The Internal Market in Energy: Harnessing the New Regulatory Regime”, en: *European Law Review*, volumen 30, N° 5, Editorial Sweet & Maxwell, Londres, 2005.

COMISION NACIONAL DE COMPETENCIA; “Directrices del Servicio de Defensa de la Competencia: Elementos Esenciales del Análisis de Concentraciones Económicas”, en: *Código de Derecho de la Competencia*, Editorial La Ley, Madrid, 2006.

CHURCH, Jeffrey; “The Impact of Vertical and Conglomerate Mergers on Competition”, Calgary, Septiembre, 2004, estudio preparado para la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea, disponible en <http://ec.europa.eu>

CONTE, Giuseppe; LORIOT, Guillaume; ROUXEL, François-Xavier y TRETTON, Walter. “EDP/ENI/GDP: The Commission prohibits a merger between gas and electricity national incumbents”, en: *Competition Policy Newsletter*, Publicación de la Comisión Europea, numero 1, Bruselas, 2005. Disponible en: http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2005_1_84.pdf

CUERVO GARCIA, Álvaro; “Fusiones y Adquisiciones: La Dimensión de las Empresas”, en: *Economía y Derecho ante el Siglo XXI*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2001.

DE LA CUETARA MARTÍNEZ, Juan Miguel; “Funcionamiento del Mercado Ibérico en un Entorno Liberalizado”, en: *El Sector Eléctrico en España, Competencia y Servicio Público*. Editorial Comares, Granada, 2007.

DE LA CRUZ FERRER, Juan; “El Mercado Interior de la Electricidad: Perspectiva Jurídica”, en: *Regulación Sectorial y Competencia*, Editorial Civitas, UNESA, Fundación Hidroeléctrica del Cantábrico, Madrid, 2002.

DE LA QUADRA SALCEDO, Tomas; “Diez Años de Legislación Energética en España”, en: *Energía: Del Monopolio al Mercado*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2006.

DE LAS MULAS BAEZA, Reyes Martín, “El Concepto de Concentración y la Atribución de Competencias a la Luz de la Nueva Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia y la Normativa Comunitaria”, en: *Derecho de la Competencia Europeo y Español*, Volumen VIII, Editorial Dykinson, Madrid, 2008.

DE QUINTO, Javier; DEL GUAYO, Iñigo; ATIENZA, Luis y WATT, Richard; “Análisis Jurídico y Económico de la OPA de Gas Natural sobre Iberdrola”, en: *Revista Digital “Documentos de Trabajo en Análisis Económico” (EAWP)*, Colegio de Economistas de la Coruña, Volumen 2, 2003. Disponible en: <http://www.unagaliciamoderna.com/eawp/coldata/upload/VOL2N12%20-%20OPAGasIberdrola.Pdf>

DENYSYUK, Vitaliy y PARMENTIER, Florent; “L’Etablissement d’une Communauté Paneuropéenne de l’Electricité”, en: *Revue Du Marché Commun et de l’Union Européenne*. Núm. 501, Septiembre de 2006, Editorial Éditions Techniques et Economiques, París, Francia

DIAZ LEMA, José Manuel; “La Liberalización de las Redes de Gas y Electricidad”; en: *Derecho de la Energía*, Editorial La Ley, Madrid, 2006.

DILorenzo, Thomas J; “The Mith of Natural Monopoly”, en: *The Review of Austrian Economics*, Editorial Springer Netherlands, Vol. 9, Núm. 2, Amsterdam, 1996.
Disponible en: http://mises.org/journals/rae/pdf/RAE9_2_3.pdf

DIRECCION DE ESTRATEGIA Y DESARROLLO IBERDROLA; “La Internacionalización de Iberdrola 1995-2007”, en: *Observatorio sobre el Gobierno de la Economía Internacional, Fundación de Estudios Financieros*, Papeles de la Fundación Numero 25, Madrid, 2008.

DOMINGUEZ GARCIA, Manuel Antonio; “La Eventual Aplicación del los arts. 85 y 86 TCEE a las Concentraciones de Empresas como Cuestión Abierta”, en: *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 14, No. 2, Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1987.

DOMINGUEZ PEREZ, Dolores y GARCIA GALLARDO, Ramón; “Liberalización en Europa de los Mercados de Gas y Electricidad”, en: *Derecho de los Negocios*, Editorial La Ley, año 17, numero 188, mayo de 2006.

DOMINGUEZ PEREZ, Eva; “El Control de las Concentraciones”, en: *Derecho de la Competencia y Propiedad Industrial en la Unión Europea*, Editorial Thomson Aranzadi, Navarra, 2007.

ENERGIA Y SOCIEDAD; “Barreras de Entrada y Atacabilidad del Mercado”, en: <http://www.energiaysociedad.es/>

ENERGIA Y SOCIEDAD; “Competencia en el Mercado Eléctrico”, en: <http://www.energiaysociedad.es/>

ENERGIA Y SOCIEDAD; “Competencia y Poder de Mercado”, en: <http://www.energiaysociedad.es/>

ESPINOSA CALABUIG, Rosario; “Derecho de la Competencia”, en: *Derecho del Comercio Internacional*, Editorial Tirant Lo Blanch, Segunda Edición, Valencia, 2006.

ESTOA PÉREZ, Abel; “Los Intercambios Intracomunitarios e Internacionales de Electricidad”, en: *Derecho de la Regulación Económica*, Tomo III, Sector Energético, Editorial IUSTEL, Madrid, 2009.

EURELECTRIC; “EURELECTRIC’s Position Paper on the 3rd Energy Package”, Bruselas, diciembre, 2007, en: <http://www.eurelectric.org/>

FEDERICO, Giulio; “Les Effets Concurrentiels des Concentrations dans le Secteur du Gaz et de l’Electricité”, en: *Revue Lamy de la Concurrence*, Editorial Lamy, Núm. 7, Abril/Junio, Paris, 2006.

FLOREZ ACOSTA, Jorge Hernán; TOBON OROZCO, David y CASTILLO QUINTERO, Gustavo Adolfo; “¿Ha sido Efectiva la Promoción de Soluciones Energéticas en las Zonas no Interconectadas (ZNI) en Colombia? Un Análisis de la Estructura Institucional”; en: *Revista Cuadernos de Administración*, Vol. 22, Núm. 38, Enero-Junio, 2009, Universidad Javeriana, Bogotá. Disponible en: http://cuadernosadministracion.javeriana.edu.co/pdfs/CnosAdmon_22_38_10_Jorgehernanflorez.pdf

FORO LATINOAMERICANO DE COMPETENCIA; “Concentraciones Empresariales 2000-2005, Analizadas por la Fiscalía Nacional Económica de Chile”; Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (OECD), Banco Interamericano de Desarrollo, Madrid, 2005. Disponible en: <http://www.oecd.org/dataoecd/42/6/38835428.pdf>

GARAYAR, Emiliano; “Competencia en los Mercados de la Energía”; en: *Tratado de Derecho de la Competencia*, Editorial Bosch, Tomo 3, Barcelona, 2005.

--“Control de Concentraciones en el Sector de la Energía”, en: *Anuario de la Competencia 2002*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2003.

GARCIA-DURAN HUET, Patricia; “La Lenta Gestación de la Política Comunitaria de Fusiones”, en: *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, año No. 6, Vol. 12, Madrid, 2002.

GARCIA MONTEYS, Rafael; “Procedimientos en la nueva Ley de Defensa de la Competencia”, en: *La Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia, Reflexiones sobre las Principales Novedades*, Editado por el Instituto de Derecho y Ética Industrial (IDEI), Madrid, 2008.

GONZALEZ-DIAZ, Francisco Enrique y CARPI BADIA, Josep María; “La Noción de Concentración Económica y la Evaluación de sus Efectos en los Ordenamientos Comunitario y Español”, en: *Tratado de Derecho de la Competencia*, Tomo 1, Editorial BOSCH, Barcelona, 2005.

GUTIERREZ, Inmaculada y PADILLA, Jorge; “Economía de la Competencia”, en: *Tratado de Derecho de la Competencia*, Tomo 1, Unión Europea y España, Editorial BOSCH, Barcelona, 2005.

HERRERO SUAREZ, Carmen; “Control de las Concentraciones de Empresas”; en: *Derecho Europeo de la Competencia: (Antitrust e Intervenciones Públicas)*, Editorial Lex Nova, Madrid, 2005.

IGARTUA ARREGUI, Iñigo; “Criterios de Valoración: Perspectiva Legal.”, en: *La Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia*, Monografía No. 1/2008, Editorial La Ley, Madrid, 2008.

IZA MORENO, Álvaro; “Umbrales de Control”, en: *La Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia*, Monografía No. 1/2008, Editorial La Ley, Madrid, 2008.

JIMÉNEZ, Juan Carlos; “Una Década de Profundas Transformaciones en el Sector Energético Español”, en: *Energía: Del Monopolio al Mercado*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2006.

JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio; “La reforma de la Ley del Sector Eléctrico para su Adaptación a las Exigencias de las Directivas Comunitarias”, en: *Tratado de Regulación del Sector Eléctrico*, Tomo I, Editorial Thomson Aranzadi, Navarra, 2009.

JIMÉNEZ-LAIGLESIA, José María; JIMÉNEZ-LAIGLESIA, Juan y MASÍA, Jorge; “Examen de Concentraciones en el Sector Energético Español”, en: *Derecho de la Competencia y Energía Eléctrica*, Editorial Civitas, Madrid, 2009.

JIMENEZ-LAIGLESIA, Juan y JIMENEZ-LAIGLESIA, José; “Reforma del Sistema de Control de Concentraciones de Empresas”, en: *Estudios de Derecho de la Competencia*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2005.

JIMENEZ LATORRE, Fernando y POSADA DE LA CONCHA, Pedro; “Perspectiva Económica en la Valoración de Concentraciones”, en: *La Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia*, Monografía No. 1/2008, Editorial La Ley, Madrid, 2008.

KRIEGLSTEIN, Felix B.; “Implications of the VEBA/VIAG Decision on Future Electricity Mergers”, en: *European Competition Review*, volumen 22, entrega 2, febrero, editorial Sweet & Maxwell, Oxford, 2001.

LEMA DEVESA, Carlos; “La Publicidad Comparativa”, en: *Problemas Jurídicos de la Publicidad*, Editorial Marcial Pons, Estudio Jurídico Lema, Madrid, 2007.

LASHERAS, Miguel Ángel; “La Teoría de la Regulación: Un Panorama”, en: *Energía: Del Monopolio al Mercado*, Editorial Thomson Civitas, Navarra, 2006.

LOPEZ DE CASTRO GARCIA MORATO, Lucia; “Liberalización y Competencia en el Sector Eléctrico. Balance 1998-2003.”, en: *Privatizaciones y Liberalizaciones en España: Balance y Resultados (1996-2003)*, Tomo II, Editorial Comares, Granada, 2004.

--“Estructura Empresarial de la Industria Eléctrica y Gasista. Situación y Tendencias”, en: *Energía en España y Desafío Europeo*, Editorial Comares, Granada, 2006.

MAILLO GONZALEZ-ORUS, Jerónimo; “El Control de las Empresas en Participación tras el Reglamento (CE) 1310/97: Tres años de aplicación del artículo 2(4) del Reglamento (CE) de Control de las Operaciones de Concentración”, en: *Nuevo Derecho Comunitario y Español de la Competencia*, Editorial BOSCH, Madrid, 2002.

MARCOS, Francisco y SÁNCHEZ GRAELLS, Albert; “El Control de Concentraciones en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia”; en: *Derecho de la Competencia*, Editorial La Ley, Madrid, 2008.

MATA DA SILVA, Guilherme; “El Mercado Ibérico de la Electricidad”, en: *Tratado de Regulación del Sector Eléctrico*, Tomo I, Editorial Thomson Aranzadi, Navarra, 2009.

MEDINA GONZALES, Sara; “La Política de la Competencia”, en: *Políticas de la Unión Europea*, Editorial COLEX, cuarta edición, Madrid, 2007.

MIRANDA LONDOÑO, Alfonso y GUTIERREZ RODRÍGUEZ, Juan David; “El Control de las Concentraciones Empresariales en Colombia”, Centro de Estudios de Derecho de la Competencia (CEDEC), Competition Law & Economics Research Paper Series, Working Paper No. 07-03, octubre, 2007. Disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1021998

MIRÓ ROIG, Pedro; “MEDGAZ: “Seguridad y Diversificación Energética para España y Europa”, en: *Cuadernos de Energía*, núm. 20, Garrigues, Deloitte, Club Español de la Energía, Madrid, abril, 2008. Disponible en: www.enerclub.es

MONTENEGRO GARCIA, Álvaro; “Fundamentos de la Política de Competencia”, en: *Documentos de Economía*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Julio, 2007. Disponible en: http://www.javeriana.edu.co/fcea/area_economia/inv/documentos_economia.htm

ODRIOZOLA, Miguel e IRISSARRY, Belén; “El Argumento de las Eficiencias Económicas en el Ámbito del Control de Concentraciones. ¿Un Nuevo Desafío o una Misión Imposible?”; en: *Anuario de la Competencia 2005*, Editorial Marcial Pons, Fundación ICO, Universidad Autónoma de Barcelona, Madrid, 2006.

ODRIOZOLOA ALÉN, Miguel y VÉRGEZ MUÑOZ, Carlos; “El Concepto de Concentración: Novedades de la Ley 15/2007 y Otras Cuestiones Relevantes”, en: *La Ley*
619

15/2007 de Defensa de la Competencia, Monografía No. 1/2008, Editorial La Ley, Madrid, 2008.

ONTIVEROS, Emilio y ROJAS, Arturo; “Singularidad Financiera y Coste de Capital”, en: *Energía y Regulación*, Editorial Thomson Civitas, Navarra, 2007.

ORTIZ BLANCO, Luis; “La Autoridad Española de Defensa de la Competencia: Autoridad Única o Dual?”, en: *Estudios de Derecho de la Competencia*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2005.

OTERO LASTRES, José Manuel; “La Libre Competencia y la Propiedad Industrial”, en: *Revista Jurídica de Propiedad Intelectual*, Tomo 2, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Guayaquil, 2009.

PAREJO BALLESTEROS, Daniel; “La Fusión”, en: *Estudios Jurídicos sobre Operaciones de Reestructuración Societaria*, Editorial Thomson Aranzadi, Navarra, 2008.

PARRAS MARTIN, Alfonso; “El Control de las Concentraciones Económicas Realizadas mediante Ofertas Públicas de Adquisición de Acciones”. en: *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, Tomo XXV, Universidad de Santiago de Compostela, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2005.

PASTOR, Jaime Vicente; “La Política Comunitaria de la Competencia”, en: *Economía de la Unión Europea*, Editorial Thomson Civitas, Navarra, 2005.

PÉREZ ARRIAGA, José Ignacio; BATLLE, Carlos y VÁZQUEZ, Carlos; “Los Mercados Eléctricos en Europa”, en: *Energía: Del Monopolio al Mercado*, Editorial Thomson Civitas, Navarra, 2006.

PEREZ NAVARRO, Silvia y GONZALEZ-PARAMO, Casto; “El Reenvío de Expedientes de Concentración Económica”, en: *Control de Concentraciones Empresariales. Reforma de las Normativas Comunitarias y Española. Análisis Sectorial*, Editorial Instituto de Estudios Europeos, Editorial Dykinson, Madrid, 2005.

PETITBÓ JUAN, Amadeo “El Control de Concentraciones desde la Perspectiva Económica y Jurídica”, en: *La Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia*, Reflexiones sobre las Principales Novedades, Editado por el Instituto de Derecho y Ética Industrial (IDEI), Madrid, 2008.

RAMIREZ, RICARDO; “Nuevo Esquema Regulatorio para Asegurar la Confiabilidad en el Suministro de Energía Eléctrica en Colombia”, en: *Energía y Regulación en Iberoamérica*, Comisión Nacional de la Energía, Editorial Aranzadi, Navarra, 2008.

RIVERO TORRE, Pedro; “Aspectos Económicos y de Competitividad de los Mercados Eléctricos”, en: *Energía y Regulación en Iberoamérica*, Comisión Nacional de la Energía, Editorial Aranzadi, 2008.

RIVERO TORRE, Pedro; “Prospectiva de Generación Eléctrica a 2030: Interconexiones Internacionales”, en: *Cuadernos de Energía*, núm. 20, Garrigues, Deloitte, Club Español de la Energía, Madrid, abril de 2008. Disponible en www.enerclub.es

RODRIGUEZ GONZÁLEZ, María José; “El Procedimiento Nacional en Materia de Control de Concentraciones entre Empresas”, en: *Derecho de la Competencia Europeo y Español*, Curso de Iniciación, Volumen VI, Servicio de Publicaciones, Editorial Dykinson, Madrid, 2005.

RODRIGUEZ SOLER, Javier; “Una Visión desde la Empresa: Estrategia y operaciones de Concentración en el Sector Eléctrico”, en: *Anuario de la Competencia 2002*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2003.

SALERNO, Francesco Maria; “Current Issues of EU Merger Control in the Energy Sector: a Proposed Framework to Foster the Dialogue”, en: *European Competition Law Review*, Editorial Sweet & Maxwell, Vol. 28, entrega 1, enero, Reino Unido, 2007.

SALINAS LA CASTA, Eduardo; “El Mercado Sectorial de la Energía: Visión desde el Regulador Sectorial”, en: *Crisis Económica y Política de la Competencia*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.

SALMADOR SEGURA, Juan; “La Energía Eléctrica: Producción, Transporte y Distribución”, en: *El Derecho de la Energía*, Editorial La Ley, Madrid, 2006.

SANCHEZ GRAELLS, Albert; “El Sistema de Remisión de Asuntos entre la Comisión Europea y las Autoridades Nacionales de Competencia en el Nuevo reglamento (CE) 139/2004 sobre Control de Concentraciones.”, en: *Derecho de la Competencia Europeo y Español*, Volumen VI, Editorial Dykinson, Madrid, 2005.

SCHRÖTER, Helmut; “Merger Control: Why and How”, en: *Derecho de la Competencia Europeo y Español*, Volumen VII, Editorial Dykinson, Madrid, 2007.

SEQUEIRA MARTIN, Adolfo; “Fusión de Sociedades”, “Fusión Impropia”, “Fusión Transfronteriza”; en: *Diccionario de Derecho de Sociedades*, ALONSO LEDESMA, Carmen (Directora), Editorial Iustel, Madrid, 2006.

SERRANO GONZALEZ, Marina; “Las Bases de los Marcos Regulatorios en América Latina”, en: *Energía y Regulación en Iberoamérica*, Comisión Nacional de la Energía, Editorial Aranzadi, Navarra, 2008.

SIERRA, José; “La Energía: Encrucijada y Retos”; en: *Energía: Del Monopolio al Mercado*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2006.

SOAMES, Trevor y RAMOS GÓMEZ, Álvaro; “Changes in EC Merger Control”, en: *Derecho de la Competencia Europeo y Español*, Editorial Dykinson, Volumen VI, Madrid, 2005.

SUDRIÀ, Carles; “Un Bosquejo Histórico de la Energía en la Industrialización de España”, en: *Energía: Del Monopolio al Mercado*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2006.

TOBIO RIVAS, Ana Maria; “El Libro Blanco para la Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia: Líneas Directrices de una Nueva Normativa Española de Defensa de la Competencia”, en: *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, Tomo XXV, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2005.

TOBIO RIVAS, Ana María; “La Nueva Ley de Defensa de la Competencia: Culminación del Proceso de Modernización.”, en: *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, Tomo XXVII, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2007.

TOBON, David; ORTIZ, Margarita y CASTILLO, Gustavo; “Organización del Mercado de Electricidad Colombiano. Una aplicación de los Índices de Diversificación Tecnológica y de Concentración H-H y C-4, 1995-2004”. en: *Lecturas de Economía*, núm. 62, enero-junio, Universidad de Antioquia, Medellín, 2005. Disponible en: <http://aprendeonline.udea.edu.co/revistas/index.php/lecturasdeeconomia/>

VALENZUELA GARACH, Javier; “Relaciones entre Obstaculización de la Competencia y el Concepto de Posición Dominante”, en: *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, Tomo XXV, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2005.

VASCONCELOS, Jorge; “La Regulación en el Mercado Ibérico”, en: *Tratado de Regulación del Sector Eléctrico*, Tomo II, Editorial Thomson Aranzadi, Navarra, 2009.

VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio; “Las Barreras de Entrada y su Relevancia para el Derecho de la Competencia”, en: *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, N°. 6, Editorial La Ley, Madrid, 2010.

ZIMMERMANN, Charles y TALUS, Kim; “Regulation of Electricity Markets at EU Level”, en: *European Energy and Environmental Law Review*, Editorial Kluwer Law International, volumen 17, numero 1, febrero, Leuven, 2008.

3. Ponencias.

ATIENZA SERNA, LUIS; “*Integración Regional y acuerdos de Asociación: Experiencias de Integración*”. Presentación expuesta en el I Congreso Euroamericano de la Energía, Madrid, 11 de octubre de 2005. Disponible en: http://www.unesa.es/congreso_euroamericano/ponencias/luis_atienza_serna.pdf

CALVIÑO, Nadia; “*Principales retos de los mercados energéticos europeos desde la perspectiva de la defensa de la competencia*”, Dirección General de Competencia, Comisión Europea; presentación realizada en el ciclo de conferencias: “La Energía y su Regulación”, Comisión Nacional de Energía, Madrid, 25 Marzo, 2008. Disponible en: http://www.cne.es/cne/doc/jornadas/20080325_CNE.pdf

CHAIN ALVAREZ, Carmenza; *“Perspectivas de la Distribución y Comercialización de Energía Eléctrica. Régimen de Competencia.”*. Presentación expuesta en la VI Jornada de Distribución de Energía Eléctrica, Bogotá, 4 de diciembre de 2009. Disponible en: www.asocodis.org.co

COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA Y GAS (CREG); *“Informe de Rendición de Cuentas, Mercado Mayorista”*, Bogotá, 31 de julio de 2009. Disponible en www.creg.gov.co

FALCK, Oliver y HEBLICH, Stephan; *“Do We Need National Champions? If So, Do We Need a Champions-Related Industrial Policy? An Evolutional Perspective.”*, Jena Economic Research Papers # 2007-088, Friedrich-Schiller-University Jena, Max-Planck-Institute of Economics, Ponencia presentada en el CESifo Conference Centre, Munich, 16-17 de Noviembre, 2007. Disponible en http://www.cesifo-group.de/portal/page/portal/ifoContent/N/neucesifo/CONFERENCES/SC_CONF_2007/nec07/Papers/nec07_Heblich.pdf

FEDERICO, Giulio; *“Estructura Competitiva de los Sectores de Españoles de Electricidad y Gas Natural”*, presentación expuesta en Jornada sobre Promoción y Vigilancia de la Competencia en el Sector Eléctrico, Club Español de la Energía, Center for the Study of Organizations and Decisions in Economics (CODE), Energía y Sociedad, Madrid, 25 de junio de 2009. Disponible en: www.energiaysociedad.es

GANDOLFI, Mónica; *“Herramientas para el Análisis de Competencia en los Sectores Eléctrico y de Gas Natural: La Perspectiva de un Regulador Energético”*. Presentación expuesta en Jornada sobre Promoción y Vigilancia de la Competencia en el Sector Eléctrico, Club Español de la Energía, Center for the Study of Organizations and Decisions in Economics (CODE), Energía y Sociedad, Madrid, 25 de junio de 2009. Disponible en: www.energiaysociedad.es

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (ICN); *“ICN Merger Guidelines Workbook”*, Trabajo de investigación preparado para la quinta conferencia anual del ICN, Cape Town, Sudáfrica, Abril del 2006. Disponible en: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc321.pdf>

OCHOA FRANCISCO; *“¿Expansión Cíclica con Contratos PPA?”*, presentación expuesta en el Taller sobre el Sector Eléctrico, preparado para la Contraloría General de la República, Bogotá, Mayo 6, 2003. Disponible en www.acolgen.org.co

RED ELECTRICA DE ESPAÑA, *“Gestión Interconexión Portugal España”*, presentación realizada en las Jornadas “Hacia un Mercado Ibérico de la Energía”, Madrid, 19 de septiembre de 2007. Disponible en: www.cne.es